

تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (١٠٥٣٩ هـ)

وهي أصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال الكنوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة ».

الجزء الثاني

كتاب : البيوع - النكاح - الطلاق - العتاق - الأيمان - الإجارة

حققه وعلق عليه وبشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية

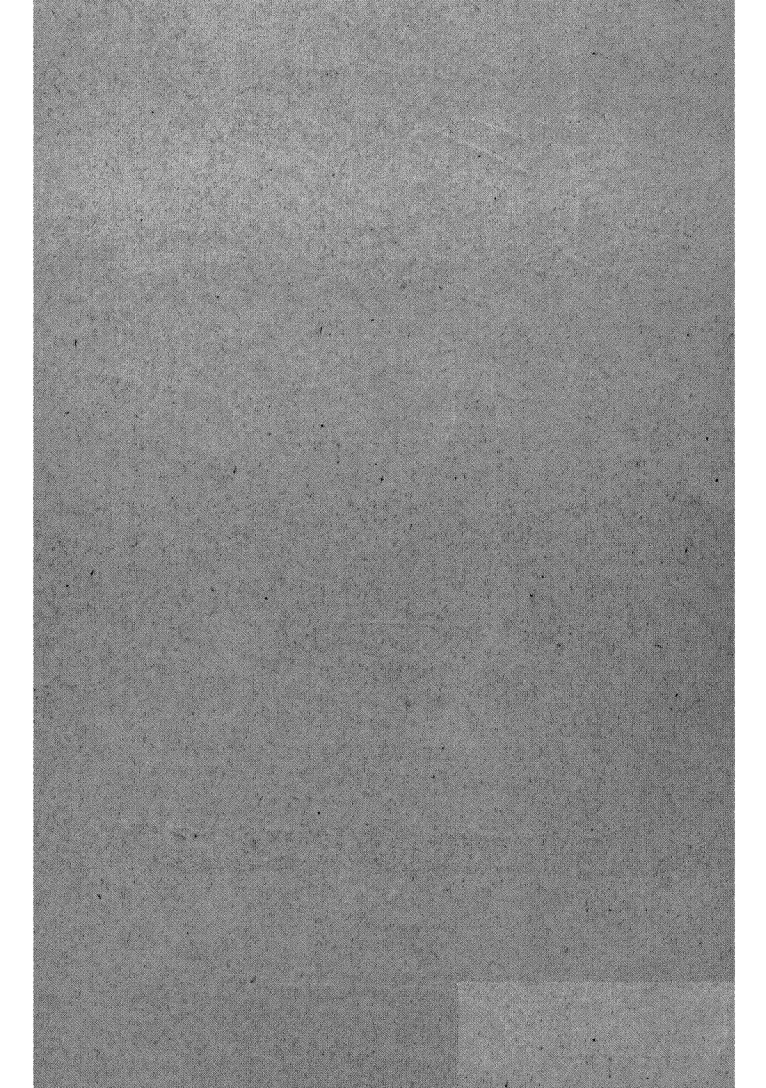
والمنتدب لتدريس الفقه الحنفي والقانون المدني بكلية الشريعة بجامعة دمشق

راجع متنه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الحقيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

الطبعة الأولى

١٩٥٨ - ١٣٧٧ هـ

طبعته جامعة دمشق



جامعة دمشق — كلية الشريعة

تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

وهي أصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال الكنوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة » .

الجزء الثاني

كتاب : البيوع - النكاح - الطلاق - العتاق - الأيمان - الإجارة

حققه وعلق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البز

القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية
والمتدرب لتدريس الفقه الحنفي والقانون المدني بكلية الشريعة بجامعة دمشق

راجع منه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الحنيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

الطبعة الأولى

١٩٧٧ - ١٩٥٨ م

مطبعة جامعة دمشق

منصدر « التحفة » فى مئة أجزاء

الجزء الأول: ويشتمل على : كتاب الطهارة - كتاب الصلاة - كتاب

الجنائز - كتاب الزكاة - كتاب الصوم - كتاب الحج .

الجزء الثانى : وهو هذا .

الجزء الثالث : ويشتمل على بقية كتب الفقه .

الحقوق محفوظة للناس

الدكتور محمد زكى عبد البز

كتاب

البيع^(١)

اعلم أن البيع مشروع .

عرفت شرعيته بالكتاب ، والسنة ، وإجماع الأمة .

أما الكتاب فقولہ تعالى : « وأحل الله البيع »^(٢) ، وقال تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٣) .

وأما السنة < ف > ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « يامعشر التجار ! إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب »^(٤) ، فشوبوه بالصدقة . وكذلك بعث النبي عليه السلام والناس يتبايعون ، فقرروهم على ذلك ، والتقرير أحد وجوه السنة .

وعليه إجماع الأمة .

(١) أشرنا في آخر كتاب المناسك (في الهامش ٥ من ٦٥٨ من الجزء الأول) أن في القصص ونبه هنا إلى أن النقص ما زال .

(٢) البقرة : ٢٧٥ - « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » .

(٣) النساء : ٢٩ - « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما » .

(٤) في ٥ : « اللغو والحلف والكذب » .

باب السلم

البيع ^(١) أنواع أربعة :

أحدها - بيع العين بالعين ، كبيع السلم بأمثالها ^(٢) ؛ نحو بيع الثوب بالبعد ^(٣) وغيره - ويسمى هذا بيع المقيضة .

والثاني - بيع العين بالدين ، نحو بيع السلم بالآتمان المطلقة ، وبيعها بالفلوس الرأجحة ، والمكيل والموزون والعددي المتقارب دينا .

والثالث - بيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق ، وهو الدراهم والدنانير - وإنه يسمى عقد الصرف ، <و> يعرف في كتابه إن شاء الله تعالى .

والرابع - بيع الدين بالعين ، وهو السلم ، فإن المسلم فيه مبيع وهو دين ؛ ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون ^(٤) دينا ، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدین بأنفسهما ، فيصير عينا .

والكلام في السلم في خمسة مواضع :

(١) في الأصل : « قال : البيع » .

(٢) « بأمثالها » لبست في ب . وفي ح : « السلة بمنلها » .

(٣) في ب : « بالثوب » .

(٤) في ب : « لا يكون » .

فى بيان مشروعيته،

وفى بيان^(١) تفسيره لغة وشريعة،

وفى بيان دركه،

وفى بيان شرطه،

وفى بيان حكمه شرعا .

أما الأصول : فالقياس أن لا يجوز السلم ، لأنه يبيع المعدوم .

وفى الاستحسان : جائز ، بالحديث ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس إليه^(٢) .

وهو قوله عليه السلام : « من أسلم منكم^(٣) : فليسلم فى كبل معلوم ، ووزن

معلوم^(٤) ، إلى أجل معلوم » . وروى عنه عليه السلام أنه نهى عن بيع

ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم .

وأما تفسيره : لغة فهو عقد ثبت به^(٥) الملك فى الثمن عاجلا ، وفى

الثمن آجلا^(٦) . - يسمى « سلفا » و « إسلاما » و « سلفا » و « إسلاما » لما

فيه من تسليم^(٧) رأس المال للحال .

(١) « بيان » من ح .

(٢) « إليه » من ح .

(٣) « منكم » ليست فى ب .

(٤) « ووزن معلوم » ليست فى ب و ح .

(٥) « به » ليست فى ب .

(٦) « وفى الثمن آجلا » ليست فى ح . ولكن كرر العبارة السابقة فقال : « وفى الثمن عاجلا » .

(٧) فى ح : « عن تسليمهم » .

وفى عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرايط ورود بها الشرع لم يعرفها أهل اللغة .

وأما ركنه - فهو الإيجاب والقبول .

والإيجاب^(١) هو لفظ « السلم » و « السلف » - بأن يقول رب السلم لآخر^(٢) : « أسلت إليك عشرة دراهم فى كرخطة » أو « أسلفت » - وقال الآخر : « قبلت » .

ويسمى هذا « رب السلم » ويسمى « المسلم » أيضا . والآخر يسمى « المسلم إليه » . وتسمى الخطة « المسلم فيه » .

ولو قال المسلم إليه لآخر : « بعث منك كرخطة بكذا » وذكر شرائط السلم ، فإنه يعقد أيضا ، لأنه بيع^(٣) ، على ما روينا أن النبي عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم .

وأما شرائط جواز السلم

فسبعة عشر : ستة فى رأس المال ، وأحد عشر فى المسلم فيه .

أما الستة التى فى رأس المال < فمضى > :

أهمها - بيان الجنس : أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكيل : حنطة أو شعير ، أو^(٤) من الموزون : قطن أو حديد - ونحو ذلك .

(١) هكذا فى ب و ح ، وفى الأصل : « والإيجاب والقبول » .

(٢) « لآخر » من ب و ح .

(٣) أى يعقد بلفظ البيع لأن السلم بيع .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « و »

والثاني - بيان النوع : أنه دراهم : غطريفية^(١) أو عدلية^(٢) ، أو دنانير : محمودية أو هرورية أو مروية .

وهذا إذا كان في البلد نقود مختلفة . فأما إذا كان في البلد نقد واحد ، فذكر الجنس كاف ، وينصرف إليه لتعينه عرفا .

والثالث - بيان الصفة : أنه جيد ، أو ردي ، أو وسط .

والرابع - إعلام قدر رأس المال - < فهو > شرط جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر ، كالملكيل والموزون والمددى المتقارب .

وهذا قول أبي حنيفة ، وهو قول سفيان الثوري وأحد قولي الشافعي .

وقال أبو يوسف ومحمد : ليس بشرط - وهو أحد قولي الشافعي .

وصورة المسألة : إذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم » وأشار إليها . أو « هذه الدنانير » وأشار إليها ، ولم يعرف وزنها .

وكذا إذا قال « أسلمت هذه الخطة في كذا »^(٣) ، ولم يعرف مقدار كيل رأس المال .

وعلى هذا الخلاف :

إذا قال : أسلمت إليك عشرة دراهم في كذا خطة وكر شعير^(٤) ،

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « غطريفية » . وهي من أعز النقود بخارى ، وهي منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد (المغرب) . وقد تقدمت في الزكاة .

(٢) في ب كذا : « عدنية » .

(٣) « في كذا » من ب و ح .

(٤) « وكر شعير » ليست في ح .

ولم يبين^(١) حصة كل واحد منهما من العشرة .
وكذلك إذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين مختلفين في القيمة^(٢) .
هذا إذا أسلم فيما يتعلق العقد فيه^(٣) بالقدر .
فأما إذا أسلم فيما^(٤) لا يتعلق العقد فيه بالقدر ، كالذريات والعدديات
المتفاوتة^(٥) : فإنه لا يشترط بيان الذرع في الذريات ، ولا بيان القيمة فيها ،
و يكفى بالإشارة والتعيين في قولهم جميعا^(٦) .
وأجمعوا في بيع العين أن إعلام قدر الثمن ليس بشرط إذا كان
مشارا إليه ، ودلائل المسألة تعرف في المبسوط إن شاء الله .
والخامس - كون الدراهم والدنانير متقدمة ، <فهو>^(٧) شرط الجواز
عند أبي حنيفة أيضا مع إعلام القدر^(٨) .
وعندهما ليس بشرط .
والسادس - تعجيل رأس المال وقبضه قبل افتراق العاقلين بأنفسهما ،
<فهو> شرط الجواز عند عامة العلماء ، سواء كان رأس المال عينا أو دينا .

(١) في ب : « ولم يبين » .

(٢) « في القيمة » من ب .

(٣) « فيه » من ب و ح .

(٤) « فيها » من ب و ح . وفي الأصل : « ما » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « المتقاربة » . انظر الكاساني ، ٥ : ٢٠١ : ٦

من أسفل .

(٦) « جميعا » من ب و ح .

(٧) في ح : « متقدمة » . وفي ب : « متقدمة » . واتقد الدراهم : نظرها ليعرف جيدها

وزيفها (المصباح) .

(٨) زاد في ب : « عندهما » .

وقال مالك : إن كان رأس المال عينا لا يشترط تعجيله ، وإن كان دينا يشترط في قول - وفي قول قال : يجوز^(١) التأخير يوما أو يومين .
وأجمعوا أن في الصرف يشترط قبض البدلين قبل الافتراق بأبدانها ، سواء كان عينا كالتمر والمصوغ ، أو دينا كالدرهم والدنانير .
وأما الشرائط التي في المسلم فيه في أحد عشر :
أهمها - بيان جنس المسلم فيه : حنطة أو شعير أو نحوها^(٢) .
والثاني - بيان نوعه : حنطة سقية^(٣) أو بخرية^(٤) . سهلة أو جبلية .
والثالث - بيان الصفة : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط .
والرابع - إعلام قدر المسلم فيه ، أنه كر أو قفيز ، بكيل معروف عند الناس - لأن ترك بيان هذه الأشياء يوجب جهالة مفضية إلى المنازعة ، وهي مفسدة ، بالاجتماع .
والخامس - أن لا يشمل البدلين^(٥) أحد وصفي علة ربا الفضل ، وهو القدر المتفق ، أو^(٦) الجنس ، لأنه يتضمن ربا النساء ، والعقد الذي فيه ربا : فاسد .

-
- (١) في ح : « وفي قول : لا يجوز » .
(٢) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « نحوها » .
(٣) هكذا في ح . وفي الأصل : « بقرية » . وفي ب : « نقيعة » - انظر الهامش التالي .
(٤) السقية ما يسقى سحبا . والبخرية ما يسقى بالمطر وقد نسبت إلى الخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السحابة (ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ٣٣٨ - والبارقي ، النهاية ، نفس الصفحة) .
(٥) في ب : « لا يشمل البدلين على » .
(٦) في ح : « و » .

والسادس - أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين ، حتى لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير .

وأما في التبر هل يجوز السلم فيه ؟ على قياس رواية كتاب ^(١) الصرف : لا يجوز ، لأنه ألحقه بالمضروب ؛ وعلى قياس رواية كتاب الشركة : جاز ، لأنه ألحقه بالعروض - وهو رواية عن أبي يوسف أيضا : أنه ^(٢) كالعروض .
وأما السلم في الفلوس : < فقد > ذكر في « الأصل » ، وقال : إنه يجوز ، ولم يذكر الاختلاف - ويجب أن يكون ذلك على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن عندهما ليس بثمن مطلق ، بل يحتمل التعيين ، في الجملة .
وعلى قول محمد : لا يجوز ، لأنه ثمن مطلق ، على ما عرف في بيع الفلوس بالفلسين بأعيانها .

والسابع - الأجل في السلم فيه شرط الجواز - وهذا عندنا .

وقال الشافعي : ليس بشرط .

ولقب المسألة أن السلم ^(٣) الحال لا يجوز ، عندنا - وعنده : يجوز .
ثم لارواية عن أصحابنا ، في المبسوط ، في مقدار الأجل . واختلفت الروايات عنهم ، والأصح ما روى عن محمد ^(٤) أنه مقدر بالشهر ، لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل .

(١) « كتاب » من ب و ح .

(٢) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « عن أبي يوسف كالعروض » .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « سلم » .

(٤) في ب : « ما روى محمد » .

والثامن - أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل ، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالجوب .
فأما إذا كان منقطعاً وقت العقد ، أو وقت حلول الأجل ، أو فيما بين ذلك - فإنه لا يجوز ، عندنا .

وقال الشافعي : إن كان موجوداً وقت محل الأجل : يجوز ، وإن كان منقطعاً في غيره من الأحوال .

ولقب المسألة أن السلم في المنقطع : هل يجوز أم لا ؟ وهي مسألة معروفة . وكذلك المسلم فيه إذا كان منسوباً إلى موضع معلوم يحتمل انقطاعه عليه بالآفة^(١) ، كخطة قرية كذا أو أرض كذا . لا يجوز ، لأنه يحتمل الانقطاع بالآفة^(٢) .

وذكر في الأصل : إذا أسلم في^(٣) خطة هراة : لا يجوز^(٤) .
وقاس عليه^(٥) بعض مشايخنا أنه لو أسلم في خطة سمرقند أو بخارى : لا يجوز ، وإعما يجوز إذا ذكر^(٦) الولاية نحو خراسان وفرغانة .
والصحيح أن في خطة البلدة الكبيرة يجوز ، لأنها لا تحتمل الانقطاع

(١) « يحتمل انقطاعه عليه بالآفة » ليست موجودة في ب . ولعل المعنى : يحتمل انقطاعه فيه أي في الموضع المعلوم - راجع الكسائي ٥ : ٢١١ : ١٠ من أسفل .

(٢) « لأنه يحتمل الانقطاع بالآفة » ليست في ح .

(٣) في ب : « في كمر من خطة » .

(٤) « وذكر ... لا يجوز » ليست في ح .

(٥) « عليه » من ب و ح .

(٦) في ب : « لا يجوز ما لم يذكر الولاية » .

غالباً^(١). وما ذكره محمد في الأصل^(٢) من حنطة^(٣) هراة أراد به اسم^(٤) قرية من قرى عراق^(٥) دون البلدة المعروفة التي تسمى هراة .
والناسخ - أن يكون العقد باتاً ، ليس فيه خيار الشرط ، لهما أو لأحدهما ، حتى لو أسلم عشرة دراهم في كر حنطة على أنه بالحيار ثلاثة أيام ، وقبض المسلم إليه رأس^(٦) المال ، وتفرقا بأبدانهما ، يبطل عقد السلم ، لأن البيع بشرط الحيار^(٧) ثبت ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، فلا^(٨) حاجة إليه في السلم .

ولو أبطأ^(٩) الحيار قبل التفرق ، ورأس المال^(١٠) قائم في يد المسلم إليه ، ينقلب جائزاً عندنا ، خلافاً لزمفر . ولو كان رأس المال هالكا لا ينقلب إلى الجواز ، بالإجماع .

وخيار الرؤية في رأس المال ، وخيار العيب ، لا يفسد^(١١) السلم ، لأنه لا يمنع ثبوت الملك .

والعاسر - بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومثونة ، كالحنطة والشعير

(١) « غالباً » من ح .

(٢) « في الأصل » من ب و ح .

(٣) « حنطة » من ب و ح .

(٤) « اسم » ليست في ح .

(٥) في ب : « فرات » . وفي ح : « الفرات » .

(٦) « رأس » ساقطة من ح .

(٧) في ب : « لأن اشتراط الحيار في البيع » .

(٨) في ب و ح : « ولا » .

(٩) في ح : « أبطل » .

(١٠) في ب : « فرأس المال » .

(١١) « يفسد » ليست في ح .

وغيرهما ، < فإنه > شرط لجواز السلم ، حتى لو ترك لم ينجز السلم في قول أبي حنيفة الآخر ^(١) .

وكذا الخلاف في الإجارة : إذا آجر داره سنة ، بأجر له حمل ومثونة ، ولم يعين مكانا للإيفاء ، لم ينجز الإجارة ، في قوله الآخر ^(٢) . وعلى قولهما : جاز .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن مكان العقد هل يتعين مكانا للإيفاء فيما له حمل ومثونة ؟ مع اتفاقهم على أن مكان الإيفاء إذا كان مجهولا لا يجوز السلم ، لأنه جهالة مفضية إلى المنازعة .

وإذا لم يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء ، عند أبي حنيفة ، ولم يعين مكانا آخر للإيفاء ^(٣) . صار مكان الإيفاء مجهولا ، فيفسد السلم . وعندهما : يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء ، فلا يؤدي إلى الجهالة ، فيصح السلم .

و ^(٤) في الإجارة : عندهما يتعين ، بتعين مكان إيفاء المقود عليه ، مكان إيفاء الأجرة : فإن ^(٥) كان المستأجر دارا أو أرضا : فتسلم عند الدار

(١) في ب : « الأخير » .

(٢) في ب : « في قول أبي حنيفة الأخير » - وفي ب هنا تكرار .

(٣) « عند أبي حنيفة ... للإيفاء » ليست في ب .

(٤) الواو ليست في ح .

(٥) في ب : « يتعين مكان إيفاء المقود عليه مكانا للإيفاء الإجارة إن » وفي ح : « في

الإجارة عندهما يتعين مكان إيفاء المقود عليه مكانا للإيفاء الإجارة إن » .

والأرض ، وإن كانت دابة: فعند المرحلة ، وإن كان ثوبا دفع إلى قصار ونحوه: يدفع. <ل> في الموضع الذي يسلم فيه الثوب ^(١) إليه .

وإنما يتعين مكان العقد مكان التسليم عندهما ^(٢) إذا أمكن التسليم في مكان العقد ، فأما إذا لم يمكن ، بأن كان في البحر أو على رأس الجبل ، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم ، ولكن يسلم في أقرب الأماكن ، الذي يمكن التسليم فيه ، من ^(٣) مكان العقد .

فأما المسلم فيه إذا كان شيئا ليس ^(٤) له حمل ومثونة ، كالسك والكافور والجواهر والآلئ ^(٥) ونحوها ، فعن أصحابنا روايتان :

في رواية : يتعين مكان العقد .

وفي رواية : يسلم حيثما لقيه ، ولا ^(٦) يتعين مكان العقد .

ولو شرط ^(٧) مكانا آخر للإيفاء سوى مكان العقد : < ف > إن

كان فيما له حمل ومثونة : يتعين .

وإن كان فيما ليس له حمل ومثونة < ف > فيه روايتان : في رواية :

لا يتعين ، وله أن يوفيه في أي مكان شاء . وفي رواية : يتعين - وهو الأصح .

والحدادي عشر - أن يكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف ، وهو أن

(١) « التوب » من ب و ح .

(٢) « عندهما » من ب و ح .

(٣) « من » من ب و ح .

(٤) « ليس » ليست في ب .

(٥) « والجواهر والآلئ » ليست في ب .

(٦) في ح : « فلا » .

(٧) في ح : « شرط » .

يكون من الأجناس الأربعة : المكيل ، والموزون ، والذرعى ،
والعددى^(١) المتقارب .

فأما إذا كان مما لا يضبط بالوصف ، كالعدييات المتفاوتة والذرعيات
المتفاوتة^(٢) ، مثل الدور والعقار والجواهر^(٣) والآلى ، والآدم^(٤) والجلود
والخشب والروس والآكراع^(٥) والرماز والسفرجل والبطاطيخ ونحوها -
لا يجوز ، لأن المسلم فيه ما^(٦) يثبت دينا في الذمة ، وسوى هذه الأجناس
الأربعة لا يثبت^(٧) دينا في الذمة ، في عقود المعاوضات ؛ إلا إذا كان
شيئا من جنس الجلود والآدم والخشب والجدوع إذا بين شيئا^(٨) معلوما
من هذه الأشياء^(٩) ، و^(١٠) طولاً معلوماً ، وغلظاً^(١١) معلوماً ، وأن
تجتمع^(١٢) فيه شرائط السلم والتحق بالمقارب ، يجوز .

(١) في ح : « والذرع والعدد » .

(٢) « المتفاوتة » ليست في ح .

(٣) « والجواهر » ليست في ح .

(٤) جمع آدم وهو الجلد المدبوغ (المصباح) .

(٥) جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب (ابن الهمام فتح القدير ، ٥ : ٣٣٠) .

(٦) « ما » من ب و ح . وفي الأصل : « لا » .

(٧) في ب : « ما يثبت » .

(٨) في ب : « ضرباً » .

(٩) « من هذه الأشياء » ليست في ب و ح .

(١٠) الواو من ب و ح .

(١١) في ب : « وعرضا » .

(١٢) كذا في ح . وفي الأصل : « يجمع » . وفي ب : « وأن بجميع شرائط السلم » .

وكذلك السلم فى الجوالق والمسوح ^(١) والفرش ^(٢) .

وأما السلم فى الحيوان : < فجائر > ^(٣) عند الشافعى إذا بين جنسه ،
ونوعه ، وسنه ، وصفته ، وأنه فى تجارى ^(٤) فلان أو إبل فلان أو غنم فلان ^(٥) .
وعندنا : لا يجوز كبها كان .

ويجوز السلم فى الآليات والشحوم ، وزنا . بلا خلاف .
وأما السلم فى اللحم مع العظم الذى فيه : < ف > لا يجوز ، عند أبى
حنيفة أصلا .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى ^(٦) : يجوز إذا بين جنس اللحم بأن
قال : لحم شاة أو بقر ، وبين السن بأن قال : لحم شاة ثنى أو جذعة ، وبين
النوع بأن قال لحم شاة ذكر أو أنثى ، خصى أو فحل ، معلوفة أو سائمة ،
وبين صفة اللحم بأن قال : سمين أو مهزول أو وسط ، وبين الموضع بأن قال :
من الكتف أو من الجنب ، وبين المقدار بأن قال : عشرة أمناء .

(١) جمع منخ وهو لباس الرهان .

(٢) فى ب و ح : « فى الجوالق والمساقى والفرائر » . والمساقى جمع مستنقة وهى فرو طويل
الكمين أو هى الجبة الواسعة (المغرب) .

(٣) فى الأصل : « جاز » . وفى ب و ح : « جاز » .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و ح : « نجار » . والتجارى الابل المصابة بالتجهر وهو
الطش الشديد يصيب الابل وغيرها فتشرب فلا تكاد تروى (اللسان) .

(٥) قال الترمذى : « ويجوز السلم فى الحيوان ، الأخبار والآثار فيه - فيتعرض للنوع واللون
والذكورة والانوثة والسن فيقول : عبد تركى أسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربع . . . ويقول
فى الحبر : نبي أحمر من نهم بنى فلان غير مودون أى غير ناقص الحلقة . ويتعرض فى الحبل لاون
والسن والنوع ولا يجب التعرض لاشيات كالأغر والاطيم : وهو الذى أحد خديه أبيض »
(الوجيز ١٤ : ١٥٦) . راجع أيضا : التبارى ، العناية ٣٣٧ : ٣٣٨ - وكذا ابن الهمام ، فتح
القدير ، نفس الموضع .

(٦) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وعندهم » .

وأما متزوع العظم : < فقد > اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة :
ذكر الكرخى وقال : يجوز .

وذكر الجصاص وقال : لا يجوز ، لاختلاف السمن والهزال .

وأما السلم فى السمك فقد اضطربت عبارة الروايات ، عن أصحابنا ^(١) ،
فى الأصل والنوادر .

والصحيح من المذهب أن السلم يجوز فى السمك الصغير ، كالأو ^(٢)
وزنا ، ويستوى فيه المالح والطرى فى حينه . وأما الكبار ففیه روايتان :
تن أبى حنيفة فى ظاهر الرواية . يجوز ، كيفما كان ، وزنا .
وفى رواية أبى يوسف ، فى ^(٣) الأملى ، عنه ، أنه لا يجوز .

وعلى قول أبى يوسف ومحمد : يجوز ^(٤) ، فى ظاهر الرواية . كما فى اللحم .
وفى رواية أخرى عنهما : لا يجوز ، بخلاف اللحم .

وأما السلم فى الثياب : < ف > إذا بين جنسه ، ونوعه ، وصفته ، ورقعته ،
وذرعه ^(٥) : يجوز . استحسانا . والقياس أن لا يجوز .

وهل يشترط بيان الوزن فى الثوب الحرير ؟ اختلف المشايخ فيه :

(١) « عن أصحابنا » من ب و ح .

(٢) فى ب : « و » .

(٣) فى ب : « إن فى الأملى » .

(٤) « يجوز » من ا و ب و ح .

(٥) « وذرعه » ليست فى ح .

قال بعضهم : < هو > شرط .

وقال بعضهم : ليس بشرط ، لأن الحرير ذرعى ، كالكتان والكبرباس ^(١) .
وعلى هذا ، السلم فى الأعداد المتقاوية - مثل الجوز والبيض ونحوهما :
جائر ، كيلا ، ووزنا ، وعددا ، فى قول علمائنا الثلاثة .

وقال زفر : يجوز كيلا ووزنا ، ولا يجوز عددا .

وقال الشافعى : يجوز ، كيلا ووزنا ، فى الجوز واللوز ، ولا يجوز عددا .
وفى البيض : يجوز كيلا ، ووزنا ، وعددا .

ولو أسلم فى الفلوس عددا ، ^(٢) يجوز فى ظاهر الرواية . وعن محمد
أنه لا يجوز ^(٣) ، لأنها من جملة الأثمان .

ولو أسلم فى التبن ^(٤) أو قارا ^(٥) : لا يجوز ، لتفاوت فاحش بين البقرين ،
إلا إذا كان فى فيمان ^(٦) معلوم من قيامين الناس لم يختلف : فيجوز .

ولو أسلم فى الخبز هل يجوز ؟ لم يذكر محمد فى ظاهر الرواية . وذكر فى
نوادير ابن رستم : على قول أبى حنيفة ومحمد : لا يجوز ، وعلى قول أبى
يوسف : يجوز إذا شرط ضربا معلوما ، ووزنا معلوما ، وأجلا معلوما .

(١) الكبرباس هو الثوب الخشن ، وهو فارسى معرب - والجمع كرايس (المصباح) . والباراة
فى : « قال بعضهم : يشترط . وقال بعضهم : لا يشترط ... »

(٢) زاد هنا فى ب : « عندنا » .

(٣) « لا يجوز » ساقطة من ح .

(٤) فى ب : « فى التبن » .

(٥) البقرة يحمل البتل أو الحمار ويستعمل فى البعير (المصباح) .

(٦) تعريب بيان - ومنه : اشترى كذا فيما من صبرة (المنرب) .

وأما استقراض الغنم هل يجوز ؟ على قول أبي حنيفة : لا يجوز ، لا وزناً ولا عدداً ، كالسلم .

وأبو يوسف جوز القرض فيه . وزناً ، لا عدداً ، كالسلم .
ومحمد لم يجوز السلم فيه ، لا^(١) وزناً ولا عدداً^(٢) . وجوز استقراضه عدداً ، لا وزناً^(٣) ، لحاجة الناس^(٤) ، فكأنه ترك القياس في جواز استقراضه عدداً ، لعرف الناس ، وإن لم يكن من ذوات الأمثال .

وأما بيان حكم السلم سرعاً

فثبت الملك ، لرب السلم ، في^(٥) المسلم فيه ، مؤجلاً . بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال المعين^(٦) أو الموصوف ، معجلاً ، للمسلم إليه ، بطريق الرخصة ، دفعاً لحاجة الناس ، بشرائط مخصوصة لم^(٧) تكن مشروطة في بيع العين^(٨) . ولا بد أن يختلف البيع والسلم في بعض الأحكام - ونذكر بعض ذلك :
منها - أن الاستبدال برأس مال السلم ، قبل القبض ، لا يجوز ، والاستبدال بالثمن جائز إذا كان ديناً ، لأن قبض رأس المال شرط وبالأستبدال يفوت القبض حقيقة ، وإن وجد من حيث المعنى ، كما لا يجوز الاستبدال

(١) « لا » من ب .

(٢) راجع في الصفحة السابقة قوله : « لم يذكر محمد في ظاهر الرواية » .

(٣) في ح : « عدد ووزناً » .

(٤) « الحاجة الناس » من ب .

(٥) في ح : « و » بدلا من : « في » .

(٦) في ح : « المعنى » .

(٧) في ب : « ولم » .

(٨) في ح : « المعين » .

ببدل الصرف ، لأن قبضها شرط حقيقة - فأما قبض الثمن فليس ^(١) بشرط ^(٢) ، والبديل يقوم مقامه معنى .

وأما الاستبدال بالمسلم فيه : فلا ^(٣) يجوز ، قبل القبض ، كالأستبدال بالمبيع المعين ^(٤) ، لأن المسلم فيه مبيع وإن كان ديناً ، فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض ، وإنه لا يجوز ، بخلاف سائر الديون .

وأما الاستبدال برأس المال ^(٥) ، بعد الإقالة أو بعد انقضاء السلم ، بأي طريق كان : < ف > لا يجوز في قول علمائنا الثلاثة ^(٦) استحساناً ، والقياس أن يجوز ، وهو قول زفر ، سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً .

وأجمعوا على أن الاستبدال ببديل الصرف ، بعد الإقالة ، قبل القبض : جائز .

وأجمعوا أن قبض رأس المال ، بعد الإقالة ، في باب السلم ، في مجلس الإقالة ، ليس بشرط ، لصحة الإقالة - وفي الصرف شرط لصحة الإقالة .

وأجمعوا على أن السلم إذا كان فاسداً ، في الأصل ، فلا بأس بالاستبدال فيه ، قبل القبض ، ولا يكون له حكم السلم ، كسائر الديون .

وضرباً - أن رب السلم لو أخذ بعض رأس المال وبعض المسلم فيه ، بعد

(١) الغاء من ب .

(٢) ف ب : « ليس بشرط وإنما للشرط | الشرط | سلامة الثمن » .

(٣) الغاء من ب .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « البين » .

(٥) ف ب : « برأس مال السلم » .

(٦) « الثلاثة » من ب .

محل الأجل أو قبله ، برضا صاحبه ، فإنه يجوز ، ويكون إقالة السلم ^(١) فيما أخذ من رأس المال ، ويبقى السلم في الباقي - وهو قول عامة العلماء .

وقال مالك وابن أبي ليلى : ليس له ذلك : < فهو > إما أن يأخذ جميع رأس المال . أو ^(٢) يأخذ جميع السلم فيه .

وفي بيع العين : إذا أقال في البعض دون البعض - جاز ، بالاجماع . وأجمعوا أنه لو أخذ جميع رأس المال ^(٣) ، برضا صاحبه ، أو أقال ^(٤) جميع السلم ، أو تصالحا على رأس المال ؛ فإنه يكون إقالة صحيحة ، وينفسخ السلم . ولو أخذ بعض رأس المال ، قبل محل الأجل ، لمعجل باقي السلم ، فإنه لا يجوز - كذا ذكر في الكتاب - و ^(٥) معناه أنه لا يجوز هذا الشرط ، وتصح الإقالة ، لأنه يصير في معنى الاعتياض عن الأجل ، فيكون شرطاً فاسداً ، إلا أن ^(٦) الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة - وهذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد .

فأما على قياس قول أبي يوسف : < ف > تبطل الإقالة ، والسلم كله ^(٧) باق ، إلى أجله ، لأن عنده الإقالة يبيع جديد ، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة .

(١) هكذا في ب . وفي ح : « السلم » . وفي الأصل : « السلم » .

(٢) في ح : « و » .

(٣) في ح : « جميع المال » .

(٤) في ب و ح : « قال » .

(٥) الواو من ب و ح .

(٦) في ح : « لأن » بدلا من : « إلا أن » .

(٧) في ح : « كأنه » .

ومنها - أن المسلم إليه إذا أبرأ رب السلم عن رأس المال، لا يصح، بدون قبول رب السلم. وإذا قبل^(١) : يصح الإبراء، ويبطل السلم، لأنه فات قبض رأس المال، لأنه لا يتصور قبضه بعد صحة الإبراء. ولو رده أو لم يقبله، بقي عقد السلم صحيحا، فله^(٢) أن يسلم رأس المال قبل الافتراق، حتى لا يفسد.

ولو أبرأ عن ثمن المبيع، صح، من غير قبول - إلا أنه يرتد بالرد. والفرق هو^(٣) أن قبض رأس المال، في المجلس، شرط صحة عقد السلم، >ف< لو صح الإبراء، من غير قبول الآخر، لا تنسخ^(٤) السلم من غير رضا صاحبه، وهذا لا يجوز^(٥) - بخلاف الثمن، لأن قبضه ليس بشرط. ولو أبرأ عن المسلم فيه، جاز، لأن قبضه ليس بشرط. والإبراء عن دين، لا يجب قبضه شرعا، إسقاط^(٦) لحقه لا غير، فيملك ذلك. ولو أبرأ عن المبيع^(٧)، لا يصح. لأن الإبراء، عن الأعيان، لا يصح.

(١) زاد هنا في ح : « في الأصل » .

(٢) في ب : « فإنه » .

(٣) في الأصل : « والفرق وهو أن » . وفي ب و ح : « والفرق أن » .

(٤) في ح : « لا يفسخ » . وفي ب : « يفسد » .

(٥) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « ... لا يجوز وكذلك إذا قبل لأنه

أو صح لبطل السلم، لأن قبض رأس المال شرط صحته حقا للشرع بخلاف ... » والعبارة

الزائدة غير مفهومة ولعل الصحيح أن يقال : « لا يجوز وإذا قبل صح وبطل السلم . لأن قبض

رأس المال شرط صحته، حقا للشرع، بخلاف ... » راجع الكاساني (٥ : ٢٠٣ : ٧ وما بعده) .

(٦) هكذا في ح . وفي الأصل وب : « إسقاطا » .

(٧) في ب : « مبيع العين » .

ومنها - أن الحوالة برأس مال السلم ، والكفالة به ، والرهن به ، وبالمسلم فيه أيضا - جائز ، عندنا .

وعند زفر^(١) : يجوز بالمسلم فيه ، ولا يجوز برأس المال .

وعن الحسن البصري^(٢) أنه لا يجوز ذلك كله : لا برأس المال ، ولا بالمسلم فيه .

وعلى هذا الخلاف : الحوالة ، والكفالة ، والرهن بأحد بدل الصراف .

ثم متى جاز ذلك^(٣) عندنا ، يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من الحويل والكفيل أو من رب السلم ، أو يهلك الرهن قبل أن يتفرقا عن المجلس . وقيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر ، حتى يحصل الافتراق عن قبض رأس المال ، فيجوز ، ولا يبطل العقد .

وأما إذا تفرق رب السلم والمسلم إليه ، قبل القبض ، يبطل السلم ، وإن بقي الحويل والكفيل مع رب السلم .

ولو ذهب^(٤) الحويل والكفيل ، وبقي المسلم إليه مع رب السلم ، لا يبطل السلم ، والعبرة ببقاء العاقلين وافتراقهما .

وكذلك^(٥) في باب الصرف : العبرة ببقاء العاقلين .

(١) في ح : « وعنده » .

(٢) تقدمت ترجمته في ح ١ ، ص ١١ ، هامش ٨ .

(٣) « ذلك » ليست في ب .

(٤) في ب : « وهب » .

(٥) في ب : « ولذلك » . وفي ح : « وكذا » .

وكذلك فى الرهن: إذا لم يهلك حتى تفرقا، يبطل السلم، لانعدام قبض رأس المال .

هذا فى جانب رأس المال .

فأما فى جانب المسلم فيه ، فالحيل يبرأ^(١) بنفس عقد الحوالة ، و < ي > بقى تسليم المسلم فيه واجبا على المحتال عليه إذا حل الأجل . فإذا حل الأجل يطالب رب السلم المحتال ، عليه ولا سبيل له على المحيل . وفى الكفالة رب السلم بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، وله أن يحبس الرهن حتى يأخذ المسلم فيه .

ومنها - أن المسلم إليه إذا قال بعد قبض رأس المال إنه زيوف أو نهرجة^(٢) أو مستحق أو ستوقه أو معيب^(٣) ، فلا يخلو : إما إن صدقه رب السلم أو كذبه :

أما إذا صدقه - فله حق^(٤) الرد . ثم لا يخلو : إما إن كان رأس المال عينا أو دينا :

فإن كان عينا - فاستحق فى المجلس أو رد بالعيب^(٥) بعد الافتراق ، ولم يجز المستحق ، ولم يرض المسلم إليه بالعيب - فإنه^(٦) يبطل السلم ، لأن

(١) فى ب : « برى » وفى ح : « فالحيل به يبرأ » .

(٢) « أو نهرجة » من ح .

(٣) « أو معيب » ليست فى ب .

(٤) « حق » ليست فى ب . وستأتى حالة ما إذا كذبه فى ص ٢٨ .

(٥) « ثم » ليست فى ح .

(٦) فى ب : « أو بعد » .

(٧) « فإنه » من ح وب .

العقد وقع على المين :

فإذا لم يجز^(١) : فقد فات البديل^(٢) ، فصار كمالو هلك المبيع قبل القبض .
ولو أجاز المستحق أو رضى المسلم إليه بالبيع ، جاز . لأنه سلم له
البديل من الأصل .

فأما إذا كان رأس المال دينا - فقبضه ، ثم وجده ستوفة أو رصاصا أو
مستحقا أو زيوفا أو نهرجة - فلا يخلو : إما إن وجد ذلك في مجلس السلم
أو بعد الافتراق ، ولا يخلو إما إن تجوز^(٣) بذلك المسلم إليه أو لم تجوز .
أما إذا وجد ستوفة أو رصاصا في المجلس ، فتجوز به^(٤) : فلا يجوز ، لأن
هذا ليس من جنس حقه ، فيكون استبدالا برأس المال قبل القبض ،
فصار^(٥) كما لو استبدل ثوبا من رب السلم مكان الدرهم .

فأما إذا رده وقبض شيئا آخر مكانه^(٦) ، جاز ، لأنه لما رده و^(٧) انتقض
قبضه ، جعل كأن لم يكن ، وأخر^(٨) القبض إلى آخر المجلس ، فإن ذلك
جائز - كذلك هذا .

(١) « فإذا لم يجز » ليست في ب . والظاهر أن المقصود ليس حالة عدم لجاجة المستحق
وقط بل أيضاً حالة ما إذا رد المسلم إليه بالبيع ، وإن ذلك فأكمل وأوضح أن يقال : « فإذا لم
يجز المستحق أو رد المسلم إليه بالبيع » - انظر الكشافى ، ٥ : ٢٠٤ - ٢٤ : ٢٦ .

(٢) في ح : « بدل المين » .

(٣) تجوز في أخذ الدراهم إذا ردها ولم ردها ، وتجوز الصراف الدراهم أن يجعلها
جائزة راتجة (المغرب) .

(٤) « به » من ب و ح .

(٥) « فصار » من ب و ح .

(٦) « مكانه » ليست في ب .

(٧) الواو من ب و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « واجب » . وفي ح : « فأخر للقبض » . انظر الكشافى ،

وأما إذا وجد ذلك مستحقا ، فإن صحة القبض موقوفة على إجازة المستحق : إن أجاز جاز ، وإن لم يجز بطل .

فأما إذا وجد زيوفا أو نهرجة : < فإن تجاوز به > (١) جاز ، لأنها من جنس حقه ، فيصير مستوفيا مع التقصان .

وإن رده واستبدل مكانه (٢) في مجلس العقد ، جاز (٣) ، لأنه وجد مثله في المجلس ، فكان (٤) القبض متأخرا .

هذا الذي ذكرنا إذا كان ذلك في مجلس السلم - فأما إذا كان بعد تفرقهما (٥) :

فإن وجد شيئا من رأس المال ستوقة أو رصا صا ، بطل السلم بقدره ، قل أو كثر ، كيفما كان ، لأنها ليست من جنس حق المسلم إليه ، فظهر أن الافتراق حصل من غير قبض رأس المال ، بقدر الستوقة ، فيبطل بقدره ولا (٦) يعود جازا بالقبض بعد المجلس ، كما لو لم يقبض أصلا ثم قبض بعد الافتراق .

وإن وجد ذلك مستحقا : إن أجاز المستحق ، جاز ، لأن القبض موقوف على إجازته ، إذا كان رأس المال قائما - نص على ذلك في الجامع الكبير . وإن رد ، بطل السلم بقدره ، لما ذكرنا أن القبض موقوف .

(١) في الأصل : « تجاوزت به » . وفي ح : « تجاوز به » . وفي ب : « روج به » .

(٢) زاد هنا في ب : « من جنسه » .

(٣) « جاز » من ب و ح . وفي الأصل كلمة غير واضحة ولعلها : « فيجوز » .

(٤) الفاء من ح . وفي ب : « كان القبض صار متأخرا » .

(٥) في الأصل : « تفرقهما » . وفي ب : « فأما إذا تفرقا » . وفي ح : « وأما إذا افترقا » .

(٦) في ب : « فلا » .

وأما إذا وجد ذلك زيوفاً أو نهرجة : إن تجوز به جاز ؛ وإن لم تجوز به ورده^(١) : أجمعوا على أنه إن لم يستبدل في مجلس الرد . بطل السلم بقدر ما رد . فأما إذا استبدل مكانه جياداً في مجلس الرد : <ف> القياس أن يبطل السلم بقدره . قل المردود أو أكثر - وبه أخذ زفر .

وفي الاستحسان : لا^(٢) يبطل . قل أو أكثر - وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وأبو حنيفة أخذ في الكثير^(٣) بالقياس ، وفي القليل بالاستحسان .

وكذلك على هذا الخلاف : أحد المتصارفين إذا وجد شيئاً مما قبض

زيوفاً ورده بعد المجلس .

ثم اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أن ما زاد على النصف كثير ، وما دونه فهو قليل .

وأما في النصف فذكر في «الأصل» وجعله في حكم القليل في موضع ، وحكم الكثير في موضع .

وروى في النواذر أنه^(٤) قدره بالثلث فصاعداً - و^(٥) هو الأصل .

هذا الذي ذكرنا حكم رأس المال - فأما حكم المسلم فيه :

إذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيباً ، بعدما قبضه - فإن له خيار العيب :

(١) الماء من ب و ح .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « أن لا يبطل » .

(٣) « في الكثير » ليست في ح .

(٤) « أنه » من ب و ح .

(٥) في ح : « أو » .

إن شاء تجوز به ، وإن شاء رده ، ويأخذ منه السلم^(١) غير معيب ، لأن حقه في السلم دون المعيب .

إلا أن خيار الشرط والرؤية لا يثبت في السلم ، على ما ذكرنا في جانب رأس المال .

هذا إذا صدقه رب السلم^(٢) - فأما إذا كذبه وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطاه ، وادعى المسلم إليه أنها من دراهمه - فهذا لا يخلو^(٣) من ستة أوجه :

إما إن كان المسلم إليه أقر ذلك ، قبل ذلك^(٤) ، فقال^(٥) : « قبضت الجياد » أو « قبضت حقي » أو « قبضت رأس المال » أو « استوفيت الدراهم » أو « قبضت الدراهم » أو قال « قبضت » ولم يقل شيئا آخر . ففى الفصول^(٦) الأربعة < الأولى > : لا تسمع دعواه ، بعد ذلك ، أتى وجدته زيوفا ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله^(٧) إنها ليست من

(١) فى ب : « منه سليما » .

(٢) فى ب و ح : « على ما ذكرنا - ثم ما ذكرنا فى جانب رأس المال إذا صدقه رب السلم » . انظر فيما تقدم حالة ما إذا صدقه ص ٢٤ .

(٣) فى ح : « من دراهمه فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم يدعى أنها حقه وهو الجياد والمسلم إليه ينكر فيكون القول قوله ولكن فعلف رب السلم بالله أنها ليست من دراهمه إلا إذا قام رب السلم البينة على إقرار المسلم إليه غائبا قضت دعواه فيبطل قوله ولم يكن حق الخاف فهذا لا يخلو » .

(٤) فى ب و ح : « أقر قبل ذلك » .

(٥) فى ب : « بأن قال » .

(٦) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « ففى هذه الفصول » .

(٧) « إنها » من ب و ح .

دراهمك التي قبضتها منك^(١)، لأنه، بإقراره بقبض الجياد، يصير مناقضا في دعواه، لأنه أقر بقبض الجياد، ثم قال «لم أقبض الجياد بل هي زيوف»، والمناقضة^(٢) تمنع صحة الدعوى، والحلف بناء على الدعوى الصحيحة.

وأما إذا قال المسلم إليه «قبضت الدراهم»، ثم قال «هي زيوف» :
 <ف> القياس أن يكون القول قول رب السلم: أنها ليست من دراهمه مع يمينه على ذلك^(٣) وعلى المسلم إليه البيّنة أنها من الدراهم التي قبضها منه، لأن المسلم إليه يدعى أنها مقبوضة مع العيب، ورب السلم ينكر أنها مقبوضة، <أو أنها> التي قبضها^(٤) منه، ويكون القول قول المنكر مع يمينه.

وفى الاستحسان: القول^(٥) قول المسلم إليه مع يمينه، وعلى رب السلم البيّنة أنه أعطاه الجياد، لأن رب السلم بإنكاره أنها ليست من دراهمه يدعى^(٦) إيفاء حقه، وهو الجياد، والمسلم إليه بدعواه أن هذه الدراهم^(٧)

(١) « منك » ليست في ب و ح .

(٢) البارة في ب كما يأتي : « لأنه أقر بقبض الجياد ثم قال لم أقبض الجياد بل هي زيوف، لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير مناقضا لدعواه والمناقضة . . . » وفي ح كما يأتي : « . . . من دراهمك التي قبضتها لأنه أقر بقبض الجياد <ف> يصير مناقضا في دعواه لأنه أقر بقبض الجياد ثم قال لم أقبض الجياد بل هي زيوف، والمناقضة . . . »

(٣) « على ذلك » ليست في ب .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « قبضتها » .

(٥) « قول المنكر مع يمينه وفي الاستحسان القول » ساقطة من ح .

(٦) في ح : « ويدعى » .

(٧) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « هذا درهم » .

«قبضتاهمك وأنها زيوفا»، ينكر^(١) قبض حقه ، فيكون القول قوله مع
يمينه أنه لم يقبض حقه ، وعلى المدعى اليئنه أنه أوفاه حقه .

وهذا هو القياس في^(٢) الفصول الأخر^(٣) إلا أن ثمة سبب منه^(٤)
ما يناقض دعواه، وهو الإقرار بالجداد، وههنا لم يسبق، لأن ذكر قبض^(٥)
الدراهم يقع على الزيوفا والجداد جميعا، بخلاف الفصول الأولى .

وأما إذا قال « قبضت » لا غير ، ثم قال « وجدته زيوفا » يكون
القول قوله، كما^(٦) قلنا في الفصل الأول، إلا أن ههنا إذا قال « وجدته
ستوقة أو رصاصا » فإنه يصدق ، بخلاف ما إذا قال « قبضت الدراهم »
ثم قال « وجدتها ستوقة أو رصاصا » فإنه لا يقبل قوله ، لأن في قوله
« قبضت » إقرارا^(٧) بمطلق القبض . والستوقة تقبض^(٨) ، فبقوله^(٩) « ما قبضته
ستوقة » لا يكون مناقضا ، وفي قوله « قبضت الدراهم » يصير مناقضا
لقوله « قبضت الستوقة والرصاص » لأنه خلاف جنس الدراهم^(١٠) .

(١) في ح : « منكر » . وفي ب : « فينكر » .

(٢) في ب و ح : « وهكذا في » .

(٣) في ح : « في الفصل الآخر » . أي الفصول الأربعة الأولى .

(٤) « منه » ليست في ب .

(٥) في ب و ح : « لأن قوله : قبضت » .

(٦) في ب و ح : « لا » .

(٧) في ح : « أقر » .

(٨) في ب : « قبضه » .

(٩) « فبقوله » من ب و ح . وفي الأصل : « فيقول » .

(١٠) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب » .

باب

الرِّبَا

الرِّبَا^(١) نوعان : ربا الفضل و ربا النساء
فالأول - هو فضل عين مال على المعيار الشرعى، وهو الكيل والوزن،
عند اتحاد الجنس .

والثانى - هو فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين^(٢) على الدين، فى
المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس، أو فى غير المكيلين وغير الموزونين
> عند اتحاد الجنس <^(٣) .

وعلة ربا الفضل هى القدر المتفق ، مع الجنس - أعنى الكيل فى
المكيلات ، والوزن فى الائتمان والمثمنات .

وعلة ربا النساء هى وجود أحد وصفى علة ربا الفضل، وهى الكيل
فى المكيلات^(٤)، أو الوزن المتفق، أعنى أن يكونا ثمين أو مثنين، لأن

(١) من رَّبَا المال أى زاد وينسب لى الربا فيقال رِبوى بكسر الراء والفتح خطأ فيقال
الاشياء الرِّبَوِيَّة (المغرب) - والربا « فى الاصطلاح هو الفضل الحالى عن الموضع المشروط فى
البيع » (الباری ، الناية : ٥ : ٢٧٤) .
(٢) « العين » ساقطة من ح .

(٣) فى ب : « فى الجنس غير المكيلين أو الموزونين » . وفى الأصل و ح : « فى الجنسين
غير المكيلين وغير الموزونين » . وفى الكاسانى (١٨٣ : ١٨) : « أو فى غير المكيلين
أو الموزونين عند اتحاد الجنس » .

(٤) فى ب : « فى المكيلات والوزن فى الائتمان أو الوزن . . . » .

وزن الثمن يخالف وزن المئتين^(١) .

. . .

وهذا عندنا - وعند الثاقبي : ربا الفضل هو الفضل المطلق من حيث الذات . أو^(٢) حرمة بيع^(٣) المطعوم بجنسه . ثم التساوى ، في المعيار الشرعى مع البد ، مخلص عن هذه الحرمة ، بطريق الرخصة . ووبا النساء هو فضل الحُلُول^(٤) في المطعومات والأشمان . وعلة ربا الفضل هى الطعم فى المطعومات ، والتمنية فى الأشمان المطلقة ، وهى الذهب والفضة^(٥) ، والجنس شرط .

وعلة ربا النساء هى علة ربا الفضل ، دون الجنس ، وهى الطعم أو التمنية .

ودلائل هذه الجملة تترف فى الخلافات .

. . .

وفائدة الخلاف فى ربا الفضل تظهر فى فصاين :

أحدهما - فى بيع مطعوم بجنسه غير مقدر ، كبيع الحفنة بالحفتين

(١) فى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ٢٥٤) : «قال أصحابنا : علة ربا الفضل فى الأشياء الأربعة المنصوص عليها [وهى الحنطة والشعير والتمر والملح] الكيل مع الجنس ، وفى الذهب والفضة الوزن مع الجنس ، فلا تتحقق العلة إلا باجتماع الوصفين ، وهما القدر والجنس - وعلة ربا النساء هى أحد وصفى علة ربا الفضل : إما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس » .

(٢) فى ح : « و » .

(٣) « بيع » من ب و ح .

(٤) « فضل الحلول » من ب و ح . وكذا فى الكاسانى (٥ : ١٨٣ : ١٨ - ١٩) . وفى

الأصل : « فضل الخاو » .

(٥) « والفضة » ساقطة من ح .

والسفرجلة بالسفرجلتين، والبطيخة بالبطيختين^(١)، ونحوها^(٢) - يجوز
عندنا لعدم القدر ، ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم .

والثاني - في بيع مقدر بمقدر غير مطعوم ، كبيع قفيز جص بقفيز
جص^(٣)، أو مَنْ^(٤) من حديد بمنوى حديد ، ونحوهما^(٥) ، لا يجوز عندنا
في الجص ، لوجود علة ربا الفضل، وهي^(٦) الكيل والجنس . وعنده
يجوز^(٧) ، لعدم العلة وهي الطعم . وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الوزن
والجنس ، وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم .

وأجمعوا أنه لو باع قفيز أرز بقفيز أرز^(٨) ، لا يجوز . لوجود
الكيل والجنس عندنا ، ولوجود الجنس والطعم عنده .
وأجمعوا أنه إذا باع مَنْ زعفران بمنوى زعفران ، أو مَنْ سكر
بمنوى سكر ، لا يجوز ، لوجود الوزن والجنس عندنا ، ولوجود الطعم
والجنس عنده .

. . .

(١) «البطيخة بالبطيختين» ليست في ب و ح .

(٢) في ب و ح : « ونحوها » .

(٣) « بقفيزي جص » ساقطة من ح .

(٤) « الْمَنْ الذي يكال به السمن وغيره . وقيل : الذي يوزن به رطلان . والثنية منوان ،
والجمع أماناء . وفي لغة نعيم مَنْ بالتشديد والجمع أمانان والثنية منان (المصباح) .

(٥) في ب و ح : « ونحوها » .

(٦) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « وهو » .

(٧) « يجوز » ساقطة من ح .

(٨) « بقفيزي أرز » من ب و ح . وفي الأصل : « بقفيزين » .

وأما فروغ ربا النساء وفائدة الخلاف بيننا وبين الشافعى أنه إذا باع قفيز حنطة بقفيزى ^(١) شعير نسيئة مؤجلة ^(٢)، أو دينا موصوفا فى الذمة غير مؤجل ، لا يجوز بالاجماع ، لوجود علة ربا النساء ، وهى ^(٣) أحد وصفى علة ربا الفضل ، وهى ^(٤) الكيل عندنا ، والطعم عنده .

وإذا باع قفيز حص بقفيزى نورة ^(٥)، مؤجلا ، بأن أسلم ، أو غير مؤجل ، بأن باع دينا فى الذمة ، لا يجوز عندنا لوجود الكيل ، وعنده يجوز لعدم الطعم .

ولو أسلم من حديد فى مئى حديد ، لا يجوز عندنا ، لوجود ^(٦) الوزن المتفق ، لكونهما ^(٧) موزونين ^(٨) - وعنده يجوز ، لعدم الطعم والتمنية .

ولو باع من سكر بمن زعفران ، دينا فى الذمة ^(٩) - لا يجوز ، بالاجماع ، لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل ، وهو الوزن المتفق عندنا ، لاشتمالهما مئنان ، ولوجود الطعم عنده .

ولو أسلم دراهم فى زعفران أو فى قطن أو حديد ، فإنه يجوز

(١) فى و ح : « بقفيز » .

(٢) فى ب و ح : « مؤجلا » .

(٣) و (٤) هكذا فى ب . وفى الأصل و ح : « وهو » .

(٥) فى ح : « بقفيزى النورة » . وفى ب : « بقفيزى حص أو نورة » .

(٦) « الكيل وعنده يجوز لعدم الطعم ... عندنا لوجود » ساقطة من ب .

(٧) فى ب : « لكونها » .

(٨) فى ب و ح : « مئنين »

(٩) « دينا فى الذمة » ليست فى ب . وفى ح : « دينا » فقط .

بالإجماع : أما عندنا فلا لأنه لم يوجد الوزن المتفق ، فإن الدراهم توزن بالمثاقيل ، والقطن والحديد والزعفران يوزن بالقبان .

ولو أسلم نقرة فضة في نقرة ذهب^(١) لا يجوز ، بالإجماع ، لوجود الوزن المتفق عندنا ، فإنهما يوزنان بالمثاقيل ، وعنده لوجود الثمنية .

ولو أسلم الخنطة في الزيت^(٢) . جاز عندنا ، لأن^(٣) أحدهما مكيل والآخرموزون ، فكأننا مختلفين^(٤) قدرا ، وعلى قوله : لا يجوز ، لوجود الطعم .

. . .

فأما تفسير الجنس بانفراده :

إذا أسلم ثوبا هَرَوِيًّا^(٥) في ثوب هَرَوِيٍّ ، لا يجوز عندنا ، لأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل ، فيحرم النساء - وعند الشافعي يجوز ، لأن الجنس عنده شرط .

ولو أسلم ثوبا هَرَوِيًّا في ثوب مَرَوِيٍّ^(٦) - جاز ، بالإجماع ، لأنه لم يوجد الجنس ، ولا الوزن^(٧) المتفق ، ولا الطعم ، ولا^(٨) الثمنية .

ولو أسلم جوزة في جوزة^(٩) أو سفرجلة في سفرجلة^(١٠) ، لا يجوز ،

(١) في ب و ح : « نقرة ذهب في نقرة فضة » .

(٢) في ب : « في الزيت » .

(٣) في ب و ح : « فإن » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « مختلفي » .

(٥) و(٦) ثوب هَرَوِيٍّ بالتحريك ومَرَوِيٍّ بالسكون منسوب الى هراة ومرو - وهما قريتان معروفتان بخراسان . وقبل : على شط القرات (المغرب) .

(٧) في ب و ح : « القدر » .

(٨) « لا » من ب و ح .

(٩) في ح : « في مجوزتين » . (١٠) في ح : « في سفرجلتين » .

بالإجماع ، لوجود الجنس عندنا ، ولوجود الطعم عنده .
 ثم فرق بين المكيل والموزون وبين الثوب والثوب^(١) من وجه ،
 وهو أن ربا النساء لا يتحقق في الثوب إلا بطريق السلم ، لأن الثياب
 لا تثبت ديناً في الذمة إلا سلمها ، فأما في المكيل والموزون < ف >
 يتحقق ربا النساء مؤجلاً وحالاً ديناً موصوفاً في الذمة^(٢) - بيانه :
 لو أسلم ثوباً هروياً في ثوب هروى ، لا يجوز ، لأنه مؤجل .
 ولو باع ثوباً هروياً ، بثوب^(٣) هروى موصوف في الذمة ، حالاً ،
 لا^(٤) يجوز ، لأنه لا يجوز أن يكون ثمننا إلا^(٥) باعتبار ربا النساء .
 ولو باع قفيز حنطة بعينها ،^(٦) بقفيزى ،^(٧) شعير موصوف في الذمة
 ديناً^(٨) غير مؤجل ، لا يجوز ، لأن العين خير من الدين وإن كان حالاً^(٩) .

-
- (١) « والثوب » من ب .
 (٢) هنا تكرار في ب .
 (٣) في ح : « بثوبين » .
 (٤) « لا » ساقطة من ح .
 (٥) كذا في ح . وفي الأصل وب : « لا باعتبار » .
 (٦) « بعينها » ليست في ح .
 (٧) في ب وح : « بقفيز » .
 (٨) « ديناً » ليست في ح .
 (٩) أضاف في ب هنا : « يجوز - والله تعالى أعلم » .

باب

الشراء والبيع

يحتاج^(١) في هذا الباب إلى :

بيان ركن البيع والشراء ،

وبيان شروطه^(٢) ،

وبيان أقسامه ،

وبيان حكمه شرعاً .

أما بيان الركن

فهو لا يحتاج من البائع ، والقبول من المشتري : إلا أن ذلك قد^(٣)
يكون بلفظين ، وقد لا يتحقق إلا بثلاثة ألفاظ .

أما ما يتحقق بلفظين : < ف > قد يكون بدون النية ، وقد يكون
مع النية .

أما من غير النية ، < ف > بأن يكون اللفظان بصيغة الماضي ، نحو
أن يقول البائع « بعت منك هذا العبد بكذا » فقال المشتري « ابتعت » أو
« اشتريت » أو ما يؤدي معناه كقوله « أخذت » و « قبلت » و « رضيت »
و « فملت » ونحو ذلك - لأن هذا في عرف أهل اللغة والشرع مستعمل

(١) في الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) كذا في ب و ح ، وفي الأصل : « شرطه » : انظر فيها بعد من ٤ .

(٣) « قد » من ب و ح .

لا يجاب الملك للحال بموض ، وإن كان بصيغة الماضي .

وكذلك إذا بدأ المشتري فقال « اشتريت منك هذا العبد بكذا » فقال البائع « بعته منك » أو « أعطيته » أو « بذلته » أو « رضيت » أو « هولك » .

وأما الذى لا ينعقد بدون النية <ف> أن يخبر عن نفسه فى المستقبل ، بلفظة الاستقبال ^(١) - وهو أن يقول البائع « أبيع منك هذا العبد بألف » أو « أبذله » أو « أعطيكه » ^(٢) ، فقال المشتري « أشتريه » ^(٣) بذلك « أو آخذه » ونويا الإيجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضى والآخر بلفظ المستقبل ، مع نية ^(٤) الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد البيع ^(٥) ، لأن صيغة ^(٦) الاستقبال تحتل الحال ، فصحت النية ^(٧) .

وإن كان أحدهما بلفظ الاستفهام ، بأن قال « أتبيع منى هذا الشئ ؟ »

(١) « بلفظة الاستقبال » من ب .

(٢) « أعطيكه » من ب و ح . وفى الأصل : « أعطاه » .

(٣) فى ب : « اشتريت » . وفى ح : « اشتريته » .

(٤) « نية » ليست فى ح .

(٥) « البيع » من ب و ح .

(٦) « صيغة » من ب . وفى الأصل و ح : « صفة » .

(٧) فى الكاسانى (١٩ : ١٣٣ : ٥) : « الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى وقد يكون بصيغة الحال ... وأما صيغة الحال فى أن يقول البائع للمشتري « أبيع منك هذا الشئ بكذا » ونوى الإيجاب ، فقال المشتري « اشتريت » أو قال المشتري « اشترى منك هذا الشئ بكذا » ونوى الإيجاب ، وقال البائع « أبيعك منك بكذا » وقال المشتري « اشتريت » ونويا الإيجاب - يتم الركن وينعقد ، وإنما اعتبرنا النية هنا ، ولأن كانت صيغة « أفعل » للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا ، فوفقت الحاجة إلى التبيين بالنية » .

(٨) فى ح : « ابتع » .

فقال « بت » ونوى ^(١) . لا ينعقد البيع ، لأن ^(٢) لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال إذا أمكن العمل بحقيقة الاستفهام .

فأما إذا كان بلفظين يعبر بهما ^(٣) عن المستقبل ، إما على سبيل الأمر ^(٤) ، أو الخبر ، أو بأحدهما ، من غير نية الحال ^(٥) ، فإنه لا ينعقد البيع عندنا ، وذلك أن يقول البائع « اشترى مني هذا العبد بألف درهم ^(٦) » فقال المشتري ^(٧) « اشتريت » ، أو قال المشتري « بيع مني هذا العبد » فقال « بت » ، أو قال البائع « أبيع هذا العبد منك بألف درهم » فقال المشتري « اشتريت » ^(٨)

وفي باب النكاح إذا كان أحد اللفظين يعبر به عن الأمر أو الخبر في المستقبل ، بأن قال « زوجيني نفسك بألف درهم » فقالت « زوجت » ^(٩) ، أو قال الزوج « أتزوجك على ألف درهم » فقالت « زوجت نفسي منك بذلك » ينعقد النكاح .

وقال الشافعي : البيع والنكاح سواء : ينعقدان بلفظين يعبر بأحدهما

(١) في ح كذا : « وعدا » .

(٢) في ح : « فلان » .

(٣) في ب : « بأحدهما » .

(٤) في ح كذا : « الإبراء » .

(٥) « إما على سبيل ... من غير نية الحال » ليست في ب .

(٦) « درهم » من ب .

(٧) « المشتري » من ب .

(٨) « أو قال المشتري ... اشتريت » ليست في ب .

(٩) في ب : « زوجني فقال الولي زوجت » بدل « زوجيني نفسك ... زوجت » .

عن الماضي^(١)، والآخر عن الحال من غير نية .

فأما إذا كان أحد اللفظين بطريق الاستفهام ، فإنه لا ينعقد النكاح ، والبيع ، بالإجماع .

والصحيح مذهبنا ، فإن البيع في العرف غالبا لا يكون بناء على مقدمات ، ولفظ^(٢) المستقبل للعدة ، في الأصل ، ولفظ^(٣) الأمر المساومة ، فيحمل على حقيقته إلا بدليل . ولم يوجد ؛ بخلاف النكاح : فإنه بناء على مقدمة الخطبة ، فلا يحمل على المساومة بدلالة العادة .

وأما إذا وجد ثلاثة ألفاظ : بأن قال المشتري « بيع عبدك هذا »^(٤) منى بألف درهم^(٥) ، فقال البائع « بعت »^(٦) فقال المشتري « اشتريت » ، فإنه ينعقد بالإجماع^(٧) .

فأما إذا تابعا^(٨) وهما يشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين : فإن كان الإيجاب والقبول متصلين وخرج الكلامان من غير فصل بينهما : فإنه يصح البيع ؛ فأما إذا كان بينهما فصل وسكوت ، وإن قل ، فإنه

(١) في ب : « المستقبل » - قال الشيرازي (المهذب ١٠ : ٢٥٥) : « فإن قال المشتري « بعتي » فقال البائع « بعتك » ، انقعد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول » .

(٢) و (٣) في ب : « ولفظة » .

(٤) « هذا » من ب و ح .

(٥) « درهم » من ح . و « بألف درهم » ليست في ب .

(٦) في ب : « بعت بألف » فالعبارة في ب : « بيع عبدك هذا مني » فقال البائع : بعت بألف .

(٧) في ب و ح : « بخلاف » .

(٨) « تابعا » من ح . وكذا في الكشاف (١٣٧ : ١٧) . وفي الأصل

و ب : « باعا » .

لا يصح ، لأن المجلس يتبدل بالمشى والسير - وهكذا قال عامة مشايخنا ، وقاسوا على آية السجدة . وخيار الخيرة^(١) .

وقال بعض مشايخنا^(٢) : إذا تبايعا في حال السير والمشى ، فوجد^(٣) الإيجاب ، منفصلا عن القبول^(٤) فإنه ينعقد ، ما لم يفرقا بأبدانهما . وإن وجد القبول بعد الافتراق ، لا يجوز . لأن القيام عن المجلس دليل الإعراض عن الجواب - فأما السير بلا افتراق فليس بدليل الإعراض ، فصح القبول ، ويكون جوابا - وهكذا قالوا في خيار الخيرة . أما في تلاوة السجدة^(٥) < ف > بخلافه . لأن الأصل أن تجب السجدة لكل^(٦) تلاوة . لكن جمعت التلاوات كتلاوة واحدة^(٧) عند اتحاد المجلس ، والمجلس يختلف بالسير حقيقة .

ولو وقفا وتبايعا ، جاز ، وإن وجد القبول بعد الإيجاب ، بسكتة ، لاتحاد المجلس .

(١) بمعنى « أنه لو قرأ آية سجدة وهو يمشى على الأرض أو يسير على دابة لا يصلى عليها مرارا يازمه لكل قراءة سجدة - وكذا لو خير امرأته وهي تمشى على الأرض أو تسير على دابة لا يصلى عليها فشت أو سارت يظل خيارها تبدل المجلس ولن اختارت نفسها متصلا بتغير الزوج صح اختيارها لأن المجلس لم يتبدل » (الكشاف ٥ : ١٣٧ : ١٩) .

(٢) « وقاسوا على آية السجدة ... مشايخنا » ليست في ب .

(٣) في ح : « في حال المشى فوجد » .

(٤) من ب و ح . وفي الأصل : « متصلا بالقبول » .

(٥) في ب : « وأما سجدة التلاوة » .

(٦) في ب : « بكل » .

(٧) « واحدة » ليست في .

فأما إذا وقفنا فأوجب أحدهما البيع ، ففسار الآخر ولم يقبل ، ثم قبل
بعد ذلك ، لا يصح ، ويجعل سيره دليل الإعراض .

وكذا لو سار البائع قبل أن يقبل المشتري ، لأنه دليل الإعراض
أيضاً ، وإنه يملك الرجوع في إيجاب البيع .

ولو خير امرأته بعدما وقفنا ، ثم سار الرجل ، وبقيت المرأة واقفة ،
فلها الخيار ، لأن العبرة بجانبها ^(١) : فباعت في مجلسها ، فلم يوجد منها
دليل الإعراض ، وكلام الزوج لا يبطل بالإعراض .

هذا إذا كان العاقدان حاضرين في المجلس .

. . .

فأما إذا كان أحدهما غائباً ، فوجد من أحدهما البيع أو ^(٢) الشراء ،
فإنه ^(٣) لا يتوقف .

بيانه - أن من قال « بعت عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم »
فبلغه الخبر ، فقبل ^(٤) ، لا يصح ، لأن شرط ^(٥) البيع لا يتوقف ، بالإجماع .

ولو قال « بعت عبدي هذا بألف درهم من فلان » بين يدي رجل
وقال له « اذهب إلى فلان وقل ^(٦) له : إن فلانا باع عبده فلاناً منك بألف

(١) في ب : « لجانبها » .

(٢) في ح : « و » .

(٣) في ب : « فإنها » .

(٤) « فقبل » ليست في ح .

(٥) « شرط » من ب و ح . وفي الأصل : « شرط » . وفي ح : « شرط العقد » .

(٦) في ب : « وقيل » .

درهم ، فجاء الرسول وأخبره بما قال ، فقال المشتري في مجلسه ذلك^(١) « اشتريت » أو « قبلت » ، تم البيع بينهما ، لأن الرسول معبر وسفير ، فينقل كلامه إليه ، فإذا اتصل به الجواب ، ينعقد .

وكذا الكتاب على هذا : بأن^(٢) كتب إلى رجل وقال « أما بعد - فقد بعت عبدى فلانا منك بألف درهم » فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه ، قال في مجلسه ذلك « اشتريت » أو « قبلت » ينعقد البيع - لأن الخطاب والجواب ، من الغائب ، بالكتاب ، يكون .

وعلى هذا الجواب فى الإجارة والهبة والكتابة .

فأما فى الخلع ، والعتق على مال ، فإنه يتوقف شطر العقد من^(٣) الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس ، بالإجماع ؛ فإن من قال « خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم » فبلغها الخبر ، فأجازت ، أو قبلت - صح . وكذا إذا قال « أعتقت عبدى فلانا الغائب بألف درهم » فإنه يتوقف على إجازة العبد .

فأما فى جانب المرأة والعبد : فلا^(٤) يتوقف ، إذا كان الزوج والمولى غائبين . فأما فى النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبى حنيفة ومحمد^(٥) .

(١) « ذلك » من ب و ح .

(٢) فى ح : « فلان » . وفى ب : « لن » .

(٣) فى ب : « بين » .

(٤) الفاء من ح .

(٥) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « عندهما » .

وعلى قول أبي يوسف : يتوقف .

ثم في كل موضع لا يتوقف شطر العقد ، فإنه يجوز من العاقد^(١)
الرجوع عنه ، ولا يجوز تعليقه بالشروط ، والأخطار^(٢) ، لأنه^(٣)
عقد معاوضة .

وفي كل موضع يتوقف شطر العقد ، كالخلع والعق على مال ، لا يصح
الرجوع عنه^(٤) ، ويصح التعليق بالشروط ، لأنه في جانب الزوج
والمولى ، بمنزلة التعليق - وفي جانبها بمنزلة المعاوضة .

وأما بياض الشروط

فلليبيع شروط :

منها - شرط الأهلية ، من العقل والبلوغ^(٥) ، حتى لا ينعقد البيع من
الطفل ، والمجنون .

فأما الصبي العاقل والمعتوه : < ف > من أهل البيع ، حتى لو وكلا
باليبيع والشراء ، وباعا - جاز ، ونفذ ، عندنا - خلافا للشافعي .

ومنها - شرط الانعقاد ، وهو المحل . وهو أن يكون مالا متقوما ،
حتى لو باع الحمر والخنزير والميتة والدم وجلد الميتة - فإنه لا يجوز أصلا ،

(١) في ح : « العاقدين » .

(٢) في الكاساني (٥ : ١٣٨ : ٨ من أسفل) : « ولا يصح تعليقه بالشروط وإضافته إلى الوقت » .

(٣) في ب : « ولأنه » .

(٤) « عنه » من ح .

(٥) « والبالغ » ليست في ب .

حتى لا يملك بالقبض ، بخلاف ما إذا كانت (١) هذه الأشياء متنا فإنه
ينعقد البيع بالقيمة .

ومنها - شرط النفاذ ، وهو الملك أو الولاية ، حتى إذا باع ملك
نفسه نفذ ، ولو باع الوكيل نفذ لوجود الولاية .

وأما أقسام البيع - فنقول :

هو في الأصل قسمان : بيع نافذ . وبيع موقوف .
فأما البيع النافذ < فهو > أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد
والنفاذ جميعا .

وأما البيع الموقوف < فهو > أن يوجد الركن مع وجود شرط
الانعقاد والأهلية . لكن لم يوجد شرط النفاذ ، وهو الملك والولاية .
بيان : أن المفضولى إذا باع مال (٢) غيره من إنسان ، أو اشترى لغيره
شيئا معيناً - فإنه يتوقف على إجازته عندنا .
وقال الشافعى : لا يتوقف (٣)

ولقب المسألة أن العقود والفسوخ من المفضولى تتوقف (٤) على
إجازة المالك .

(١) التام من ب .

(٢) « مال » ليست في ح .

(٣) في ب و ح : « عندنا خلافا للشافعى » .

(٤) « على إجازته عندنا . . . تتوقف » ساقطة من ب .

وإنما يتعقد عندنا، على التوقف، كل (١) عقد له محيز حالة العقد؛ فأما إذا لم يكن له محيز، فإنه لا يتوقف - حتى إن الطلاق والعناق، في حق البالغ، من الفضولي؛ فهو على (٢) الخلاف، لأن له محيزا (٣) في الحال (٤). فأما إذا وجد الطلاق والعناق والتبرعات من الفضولي (٥) البالغ (٦) في امرأة الصبي والمجنون ومالهما، فإنه لا يتوقف، لأنه ليس له محيز في حالة العقد، لأنهما ليسا من أهل الطلاق والعناق والتبرعات؛ وكذلك وليهما؛ وكذلك الأب والوصي إذا أعتقا أو طلقا عبد الصبي أو امرأته. ثم إنما يجوز العقد الموقوف إذا كان المحل قابلا لأنشاء البيع حالة الإجازة. فأما إذا لم يكن قابلا (٧)، فلا (٨) - بأن هلك المحل، لأن بالإجازة ينفذ، للحال، مستندا إلى ما قبله (٩)، فلا بد من المحل في الحال. وكذا الجواب لو (١٠) كان العاقدان فضولين؛ فإنه يتوقف أيضا (١١) على إجازة المالكين.

(١) هكذا في ب. وفي الأصل و ح: «على كل».

(٢) زاد هنا في ح: «هذا».

(٣) لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه، وكان لها محيز حال وجودها، فيتوقف على إجازة المالك «الكاساني»، ٥: ١٤٩، ٨ من أسفل. وفي ح: «لأنه لا محيز».

(٤) في الحال «من ب و ح».

(٥) «الفضولي» من ب و ح.

(٦) «البالغ» ليست في ب. وفي ح: كذا: «البائع».

(٧) «قابلا» من ب و ح.

(٨) «فلا» ساقطة من ب.

(٩) «إلى ما قبله» من ح.

(١٠) في ب: «ولو».

(١١) «أيضا» من ب و ح.

وكذلك الجواب^(١) فى النكاح .

ولو كان الفضولى الواحد باع عبد إنسان من إنسان ، وهما غائبان ،
وقبل <عن>^(٢) المشتري أيضا ، فإنه لا يتوقف^(٣) .

وفى النكاح إذا قبل <عنهما>^(٤) لا يتوقف أيضا .

وبعض مشايخنا قالوا : ينبغى أن يتوقف عند أبى حنيفة ومحمد ، وإنما
الخلافا فيما إذا زوج رجل^(٥) امرأة ولم يقبل^(٦) منه ، لأن الواحد
يجوز أن يكون وكلا من الجانبين ولا يتوقف^(٧) فى النكاح ، ويجوز
أن يكون وليا من الجانبين . بأن زوج ابنة أخته^(٨) من ابن أخيه ،
والإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، بخلاف البيع : فإن الواحد
لا يجوز أن يكون وكلا من الجانبين ، فلا^(٩) يتوقف من رجل واحد^(١٠) ،
وإن وجد منه إلا يجاب والقبول جميعا .

ثم إنما جاز أن يكون الرجل وليا وكلا من الجانبين فى النكاح ،

(١) « الجواب » من ب و ح .

(٢) فى الأصل وب و ح : « من » .

(٣) معنى عدم التوقف هنا أن يكون باطلا .

(٤) فى الأصل وب و ح : « منها » . وفى ب هنا تكرار . وانظر الهامش السابق .

(٥) « رجل » ليست فى ب و ح وفى ب : « الرجل » .

(٦) فى ب : « ولم يقبل » .

(٧) « ولا يتوقف » من ب و ح .

(٨) فى ب و ح : « أخيه » .

(٩) فى ب و ح : « ولا » .

(١٠) فى ب : « من الواحد » . وفى ب و ح : « من كل واحد » .

وفي البيع لا يجوز أن يكون وكلا من الجانبين. وإنما يجوز أن^(١) يكون وليا من الجانبين ، فإن الالب إذا اشترى مال الصبي^(٢) لنفسه ، أو باع ماله من الصبي^(٣) ، بمثل قيمته أو بغير يسير يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز .

وكذلك الوصي : إذا اشترى مال^(٤) الصبي لنفسه ، أو باع مال نفسه من الصبي ، وفيه نفع ظاهر للصبي ، جاز ، بلا خلاف .

فأما إذا كان بمثل القيمة ، جاز عند أبي حنيفة ، وعند محمد لا يجوز .
وأما إذا كان بدون القيمة : <ف> لا يجوز ، بلا خلاف^(٥) .

(١) في ب : « فأما الجواز أن » .

(٢) و (٣) في ب : « الابن » .

(٤) في ب : « بمال » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « بمثل القيمة لم يحز عند أبي حنيفة وعند ما جاز » اهـ . وفي ح لا توجد عبارة : « بلا خلاف فأما إذا كان بمثل ... لا يجوز بلا خلاف » . وفي الكاساني (١٣٦ : ٥) : (١١) : « وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر ، لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز » . وفي الكاساني (٥ : ٢٥٤ : ١٩) : « ولو فعل الوصي ذلك [أي اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير] لا يجوز عند محمد أصلا ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان خيرا لليتيم جاز وإلا فلا » . وفي الزيلعي . التنين ، ٦ : ٢١١ - ٢١٢ : « وأما إذا اشترى [الوصي] شيئا من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة ، ولحدى الروايتين عن أبي يوسف ، إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتيسره أن يبيع ما يساوي حصة عشر بعشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي حصة عشر بعشرة للصغير من نفسه . وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنه لا يجوز على كل حال - هذا في وصي الأب . وأما وصي القاضى فلا يجوز به من نفسه بكل حال لأنه وكيله . والالب أن يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة أو بغير يسير . وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن ، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن - قال الصدر الشهيد رحمه الله : وبه يفتى » . راجع أيضا : البارني ، العناية ، ٨ : ٤٩٩ .

والفرق بين الفصول أن الولي والوكيل في باب النكاح بمنزلة الرسول، لأنه لا يرجع إليه حقوق العقد . فأما الوكيل في باب البيع >فأصل في حق الحقوق، وللبيع حقوق متضادة، من التسليم والتسلم، فلا يجوز أن يكون الواحد، في شيء واحد، في زمان واحد، مسلما ومتسلما، بخلاف الأب الوصي، لأن ثم جعلناهما كشخصين لاختلاف الولايتين . ولو باع العبد المحجور ، مال مولاه ، من إنسان ، بثمن معلوم - فإنه يتوقف على إجازة مولاه ، لأنه^(١) بمنزلة الأجنبي .

ولو أذن له بالتصرف في البيع والشراء و^(٢) أجاز ذلك ، لا ينفذ إلا بإجازة المولى، لأن العبد المأذون لا يملك بيع مال المولى وإنما يملك الشراء . ولو اشترى عبدا ، لمولاه ، بغير إذنه ، فإنه يتوقف على إجازته - ولو أذن له بالتصرف : نفذ الشراء على مولاه ، من غير إجازة مبتدأة لذلك^(٣) - لأنه ، بالأذن ، ملك إنشاء الشراء ، في حقه ، فيملك الإجازة^(٤) .

وعلى هذا : الصبي العاقل : إذا باع ماله^(٥) وهو محجور - فإنه ينعقد تصرفه موقوفا على إجازة وليه ، وعلى إذن وليه بالتصرف أيضا ، وعلى بلوغه أيضا ، لأن في انعقاده فائدة ، لوجود الحيز ، لالحال ، وهو الولي .

(١) « لأنه » من ب و ح .

(٢) في ح : « أو » . وفي ب : « فأجاز » .

(٣) « لذلك » من ب و ح .

(٤) في ح : « فيملك بذلك الإجازة » . وفي ب : « في حقه بذلك الإجازة » .

(٥) في ب : « ملكه » .

وهذا فى التصرفات ^(١) الدائرة بين الضرر والنفع ، كالبيع والإجارة .
فأما التصرفات الضارة ^(٢) - كالطلاق ، والعناق ، والهبة ، والصدقة .
والإقرار - فإنه لا تصح ولا تتوقف ، لأن الولي لا يملك هذه التصرفات ،
فلا يجيز لها للحال ^(٣) .

وأما التصرفات النافعة ، كالاختطاب ، والاحتشاش ، والاصطياد ،
وقبول الهبة والصدقة - < ف > تصح منهما ، من غير إذن .

وأما حكم البيع

فهو ثبوت الملك فى المبيع للمشتري ، وثبوت الملك فى الثمن للبائع ،
إذا كان البيع باتاً من غير خيار .
فأما إذا كان فيه خيار الرؤية ، أو العيب ، أو خيار الشرط - فالجواب
على ما نذكر .

ثم إذا كان البيع باتاً : < ف > لا يملك أحدهما الفسخ بدون رضا صاحبه ،
وإن لم يتفرقا عن المجلس - وهذا عندنا .

وقال الشافعى : لهما ^(٤) خيار الفسخ ما لم يتفرقا عن المجلس .

ولقب المسألة أن خيار المجلس ^(٥) هل هو ثابت شرعاً ؟

(١) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وهذا هو التصرف » .

(٢) « الضارة » لى فى ب .

(٣) فى ح : « لأن الولي لا يملك التصرفات الضارة < > ولا يجيز لها للحال » .

(٤) فى ب : « له » .

(٥) فى ب : « الفسخ » .

فَعِنْدُنَا : غير ثابت . وعنده : ثابت ^(١) . والمسألة معروفة .

. . .

فَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ فِي الطَّرَفَيْنِ ، أَعْنَى فِي ^(٢) الْمَيْعِ وَالثَّمَنِ جَمِيعًا ، وَحَكَمَ الْمَيْعَ يَخَالِفُ ^(٣) حَكْمَ الثَّمَنِ ، فِيمَا سِوَى ثُبُوتِ الْمَلِكِ - فَهَرَبَ مِنْ بَيَانِ الثَّمَنِ وَالْمَيْعِ ^(٤) فَتَقُولُ :

إِنَّ الْمَيْعَ . فِي الْأَصْلِ ، مَا ^(٥) يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ^(٦) . وَالثَّمَنِ ، فِي الْأَصْلِ ، مَا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ^(٧) ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَعَيَّنَ بِعَارِضٍ ، فَيَصِيرُ الْمَيْعَ دِينًا ، كَمَا فِي ^(٨) السَّلَمِ ، وَيَصِيرُ الثَّمَنِ عَيْنًا ، كَمَيْعِ الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ ^(٩) .

لَكِنِ الثَّمَنِ الْمَطْلُوقُ هُوَ الدَّرَاهِمُ ^(١٠) وَالدَّنَانِيرُ ، وَإِنَّمَا لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ ، فِي حَقِّ الْإِسْتِحْقَاقِ ^(١١) ، وَإِنْ عَيَنْتَ ، وَتَتَعَيَّنُ فِي حَقِّ بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجَنْسِ وَالصَّفَةِ - وَهَذَا عِنْدَنَا .

وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ : تَتَعَيَّنُ ^(١٢) .

(١) « وعنده ثابت » ليست في ب .

(٢) « في » من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « قد يخالف » .

(٤) في ح : « والمتن » .

(٥) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « مما » .

(٦) و (٧) في ح : « بالتين » .

(٨) « كما في » من ب و ح . وفي الأصل : « كالسلم » .

(٩) وزاد في ب : « بمعرفة أحكامها » . وعبارة « وإن كان قد يتعين ... بالعين »

ليست في ح .

(١٠) من ب . وفي ح : « المطلق كالدرهم » .

(١١) في ح : « في الاستحقاق » .

(١٢) في ب و ح : « يتعينان » .

وأجمعوا أنها إذا كانتا في الذمة لا يتعيان^(١)، وإذا عينة < ا > :
ف عندهما حكمهما كحكم^(٢) المبيع .

وأجمعوا أنها يتعيان^(٣) في الغصوب، والامانات، والوكالات .

وبيان ذلك : أن من باع عبدا بألف درهم ، وعينها في المجلس ، فإن
البائع لا يستحق عينا ، حتى لو أراد المشتري أن يمنحها ويرد غيرها - له
ذلك، ولكن تتعين في حق^(٤) الجنس ، حتى تجب عليه الدراهم ، وتتمين
في حق القدر حتى تجب عليه^(٥) ألف درهم ، وتتعين في حق الصفة ،
حتى إن الدراهم المعينة في العقد إذا كانت جيدة يجب عليه مثلها جيدة^(٦) ،
وإن كانت رديئة فكذلك .

والصحيح قولنا^(٧)، لأنه لا فائدة في استحقاق عينا في المعاوضات،
لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض^(٨) يكون في عقود المعاوضات، فكان
التعين وتركه ، سواء ، في حق^(٩) استحقاق العين .

فأما في تعين^(١٠) الجنس، والقدر، والصفة ، < ففيه > فائدة ، فتتعين .

(١) في ب و ح : « أنها إذا كانتا في الذمة لا يتعين » .

(٢) في ب و ح : « حكم » .

(٣) في ب و ح : « أنها تتعين » .

(٤) في ح : « ولكن لا يتعين حق » .

(٥) « عليه » من ب .

(٦) « جيدة » ليست في ب .

(٧) « قولنا » ليست في ح .

(٨) في ب : « عرض » .

(٩) « في حق » من ب و ح .

(١٠) في ب : « في حق تعين » .

ثم الدراهم والدنانير أثماناً أبداً ، سواء كانت في مقابلتها أمثالها أو أعيان أخر ، صحبتها حرف الباء أو لا - حتى إن في الأثمان^(١) يصير صرفاً ، وإذا كانت في مقابلتها السلعة تصير ثمناً - والسلعة مبيع على كل حال - لأنها أثمان مطلقة ، على كل حال . فلا^(٢) تتمين بالتعين .

وأما الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ، كالثياب ، والدور ، والعقار ، والعبيد ، والمعدنيات المتقاربة^(٣) كالبطاطيخ والثمار - فهي مبيعة ، وتتمين بالتعين ، ولا يجوز البيع فيها إلا عينا ، إلا فيما يجوز فيه السلم ، كالثياب ونحوها ، فيكون مبيعا ديناً ، إذا وجد شرائط السلم ، بالنص ، لحاجة الناس ، بخلاف القياس^(٤) .

ثم الثياب ، كما ثبتت في الذمة ، ديناً ، مبيعا بطريق^(٥) السلم ، تثبت ديناً في الذمة مؤجلاً بطريق الثمن ، والأجل شرط في الثياب ، لا لأنه شرط في الأثمان ، ولكن شرط^(٦) لتصير ملحقه بالثمن^(٧) في كونها ديناً في الذمة .

(١) أي إذا كانت في مقابلتها الأثمان .

(٢) في ح : « ولا » .

(٣) في ب و ح : « المتقاربة » .

(٤) « بخلاف القياس » من ب و ح .

(٥) في ح : « كما يثبت في الذمة متعنا بطريق » .

(٦) في ب كذا : « بشرط » .

(٧) في ب و ح : « بالسلم » .

وأما المكييل والموزون ، والعددى المتقارب : إن كانت فى مقابلتها الاثنان^(١) ، فهى مبيعة . وإن كانت فى مقابلتها أمثالها ، أعنى المكييل والموزون والعددى المتقارب ، فكل^(٢) ما كان موصوفا فى الذمة يكون ثمنا وكل ما كان معينا يكون مبيعا .

وإن كان كل واحد منهما موصوفا فى الذمة ، فما صحبه حرف الباء يكون ثمنا ، والآخر يكون مبيعا ، لأن هذا مما يتعين^(٣) بالتعيين ، ويثبت^(٤) دينا فى الذمة أيضاً . فيتعين أحد الوجهين بالدليل .

فإذا ثبت تفسير المبيع والتمن فنذكر^(٥) أمطارهما^(٦) فنقول :

< منها > - إذا هلك المبيع قبل القبض ، يفسخ البيع .

وإذا هلك الثمن فى المجلس قبل القبض :

فإن^(٧) كان عينا مثليا^(٨) ، لا يفسخ ، لأنه يمكن تسليم مثله ، بخلاف^(٩) المبيع ، لأنه عين^(١٠) ، وللناس أغراض فى الأعيان^(١١) .

(١) فى ب : « اثنان » .

(٢) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « وكل » .

(٣) فى ب : « مما لا يتعين » .

(٤) فى ح : « فيثبت » .

(٥) زاد هنا فى ح : « وكذلك » .

(٦) كذا فى ب و ح . وفى الاصل : « أحكامها » .

(٧) فى ب و ح : « بأن » .

(٨) « مثليا » من ب .

(٩) فى ح : « تسليمه بخلاف » .

(١٠) فى ب : « معين » . وفى ح : « عين » .

(١١) فى ح : « وللناس أعيان » .

أما إذا هلك ، وليس له مثل في الحال ^(١) ، بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس ، وهو كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض : < فقد > اختلف المشايخ فيه ^(٢) .

وأما إذا كسد الثمن ، بأن كان الثمن فلوساً فكسدت ، أو كسد بعض الدراهم الراجحة - وهو كان ثمناً قبل القبض : < ف > على قول أبي حنيفة ينفسخ العقد ، وجعل الكساد كالهلاك ^(٣) ، لأن قيام الثمن ، من حيث المعنى ، بالرواج .

وعلى قولهما : لا ينفسخ ، لكن ينخير : إن شاء أخذ قيمته ، وإن شاء فسخ ^(٤) ، وجعلاه كالغيب . ثم اختلفا فيما بينهما :

فقال ^(٥) أبو يوسف : يعتبر قيمته يوم العقد ، لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته ، حيثئذ .

وقال محمد : تعتبر قيمته في آخر ما ترك الناس المعاملة بذلك ، لأنه عجز عن التسليم يومئذ .

ومنها - أنه لا يجوز التصرف في المبيع ، المنقول ، قبل القبض ، بلا خلاف . وفي العقار المبيع : يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد والشافعي : لا يجوز .

(١) في ب : « في الحالين » .

(٢) « فيه » من ب .

(٣) في ب : « كالهلاك » .

(٤) في ب : « ولأن انفسخ » .

(٥) القاء من ب .

وأما الأثمان: <ف> يجوز التصرف فيها قبل القبض ، لاثهاديون .
وكذلك التصرف في سائر الديون : من المهر ، والأجرة ، وضمان المتلفات ،
ونحوها - يجوز ، قبل القبض .

ومنها - إذا باع (١) عيناً بعين ، فإنه يجب عليهما التسليم معا (٢) ،
تحقيقاً للمساواة ، في المعاوضة المقتضية للمساواة (٣) عادة .

فأما إذا كان يبيع العين بالدين ، فإنه يجب تسليم الدين أولاً ، حتى يتعين ،
ثم يجب تسليم العين ليتساويا - فإذا سلم المشتري الثمن ، يجب على البائع
تسليم المبيع .

ولو هلك المبيع قبل التسليم ، فالحلاك يكون على البائع (٤) ، بمعنى
يسقط الثمن وينفسخ العقد .

ولو كان الثمن مؤجلاً ، يجب تسليم المبيع للحال ، لانه هو الذي
أسقط حق نفسه في التأجيل (٥) ، فلا يسقط حق الآخر .

وإن أجل الثمن إلا درهما ، له أن يحبس كل المبيع ، لأن حق الحبس
مما لا يتجزأ .

(١) في ب : « باعا » .

(٢) « معا » ليست في ب .

(٣) « في المعاوضة المقتضية المساواة » ليست في ح .

(٤) زاد هنا في ح : « تسليم المبيع » .

(٥) في ب و ح : « بالتأجيل » .

وكذلك لو أوفى جميع الثمن إلا درهما ، أو أبرأه^(١) عن جميع الثمن إلا درهما .

وكذا في الرهن : إذا قبض الدين كله ، أو أبرأه إلا درهما ، فإنه يحبس كل^(٢) الرهن ، حتى يصل إليه الباقي .

ولو دفع المشتري إلى البائع بالثمن رهنا ، أو كفل به كفيلًا ، لا يسقط حق الحبس ، لأن هذا وثيقة بالثمن . فلا يبطل حقه عن حبس المبيع ، لاستيفاء الثمن .

ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل ، سقط حق الحبس . وكذلك إذا أحال المشتري البائع على رجل . وهذا عند أبي يوسف .

وعن محمد روايتان : في رواية كما قال أبو يوسف . وقال في رواية : إذا أحال البائع رجلاً على المشتري يسقط حق الحبس ، وإن أحال المشتري البائع ، على رجل ، لم يسقط حق الحبس^(٣) - وهي مسألة كتاب الحوالة . ولو أتلف المشتري المبيع في يد البائع ، صار قابضاً للمبيع ، وتقرر^(٤) عليه الثمن .

وكذلك إذا قطع يده أو شج رأسه وكل تصرف نقص منه شيئاً .

(١) الها . من ب .

(٢) في هـ هنا تكرار .

(٣) زاد في هـ هنا : « في يد البائع » .

(٤) في هـ : « ويقدر » .

وكذلك لو فعله ^(١) البائع بإذن المشتري ، لأن أمره بالائتلاف في ملكه صحيح ، وصار ^(٢) فعله منقولاً إليه حكماً ، كأنه فعل بنفسه . ولو أعتق المشتري العبد . وهو في يد البائع ، يكون قبضاً منه ، لأنه إئتلاف .

ولو زوج الأممة المبيعة قبل القبض : < فـ > القياس أن يصير قابضاً ، لأن التزويج عيب في الجوارى - وهو قول أبي يوسف . وفي الاستحسان لا يكون قبضاً ، لأنه ليس بعيب ^(٣) حقيقة . وإن أقر المشتري بالدين على العبد المبيع ، قبل القبض ، لا يكون قبضاً ^(٤) ، لأنه ليس بتعيب ^(٥) حكماً .

ولو زوجها المشتري ووطئها الزوج في يد البائع ، يكون قبضاً في قولهم ، لأن وطء الزوج بإذن المشتري بمنزلة وطء المشتري .

ولو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاده منه ، ففي المشهور من الرواية أنه يسقط حق الحبس وليس له أن يسترده ^(٦) ، لأن الإيداع والإعارة من المالك لا تصح ، فيكون هذا تسليمًا بحكم البيع ^(٧) ، فيسقط ^(٨) حق الحبس .

(١) في ب : « غاه » .

(٢) في ح : « فصار » .

(٣) في ب : « بتعيب » .

(٤) في ح : « قابضاً » .

(٥) كذا في ح . وفي الأصل و ب : « لأنه تعيب » .

(٦) في ب : « يرد » .

(٧) « البيع » ليست في ب .

(٨) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « فسقط » .

ولو أودع المشتري من البائع أو أعاره منه ، لم يكن ذلك قبضاً ، لأنّ للبائع حق الحبس بطريق الأضالة ، فلا يصح أن يصير نائباً عن غيره . ولو أودع المشتري عند أجني ، وأمر البائع بالتسليم إليه ، أو أعاره ، يصير قابضاً ، لأنّ يد أمينه كيده .

ولو جنى رجل على المبيع ، فاتبع المشتري الجاني ، وأخذ الأثر ، سقط حق الحبس ، ويصير قابضاً ، حتى لو هلك يكون الهلاك على المشتري ، ويصير كأن الجاني فعله بأمره - وهذا قول أبي يوسف . وقال محمد : لا يصير قابضاً ، و < ي > بقى فى ضمان ^(١) البائع ، ويؤمر البائع بالتسليم إليه .

هذا الذى ذكرنا إذا كان المبيع فى يد البائع . فأما إذا كان فى يد المشتري ، فباعه المالك منه - < فقول > : إن كان فى يده غصباً ، يصير قابضاً بنفس الشراء ولا يحتاج إلى تجديد القبض ، حتى لو هلك قبل أن يتمكن من قبضه حقيقة ، فإنه يهلك على المشتري ، لأنّ ضمان الغصب ضمان العين ، نظير ضمان البيع ^(٢) ، فيكون من جنسه ، فينوب قبض الغصب عن قبض البيع ^(٣) .

ولو باع الراهن المرهون من المرتهن ، وهو فى حبه ^(٤) ، لا يصير قابضاً بنفس الشراء ، ما لم يحدد القبض ، بأن يمكن من قبضه حقيقة ،

(١) فى ب : « ويترتب من ضمان » .

(٢) و (٣) فى ب : « المبيع » .

(٤) فى ب و ح : « من جنسه » .

بأن^(١) كان حاضرا في مجلس الشراء ، أو^(٢) يذهب إلى بيته ويتمكن من قبضه . لأن قبض الرهن قبض أمانة ، وإنما يسقط الدين بهلاكه^(٣) ، لا بكونه^(٤) مضمونا ، ولكن بمعنى^(٥) آخر عرف في موضعه . وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء .

وكذلك إذا كان في يده أمانة ، مثل الوديعة والعارية والإجارة ونحوها ، لم يدخل في ضمان المشتري إلا أن يتمكن من قبض جديد ، لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان^(٦) .

ولو أن المشتري قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن ، فللبائع أن يسترده حتى يعطيه الثمن ، لأن للبائع حق الحبس حتى يستوفي الثمن ، وقد أبطل حقه بالأخذ ، فعليه الإعادة ، كالأرهن إذا أخذ المرهون من يد المرتهن : له أن يعيده إلى يده ، كما^(٧) قلنا .

ولو قبض بغير إذن البائع بعد نقد الثمن ، ليس له أن يسترده ، لأنه بطل حق الحبس بإيفاء^(٨) الثمن ، فبكون^(٩) قبضا بحق .

ولو أن المشتري^(١٠) قبضه ، بغير إذن البائع ، قبل إيفاء الثمن ، ثم تصرف

(١) في ح : « فإن » .

(٢) في ب : « و » .

(٣) « بهلاكه » من ب و ح .

(٤) و (٥) في ب : « لا يكونه ... لمعنى » .

(٦) في ب و ح : « ضمان » . وزاد في ب : « نية » .

(٧) في ب و ح : « لما » .

(٨) في ب : « باستيفاء » .

(٩) في ح : « يكون » .

(١٠) زاد هنا في ب و ح : « إذا » .

فى المبيع بغير إذن البائع:

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ، كالبيع، والهبة، والإجارة، والرهن ونحوها - فللبائع أن يسترده، لأن حق الحبس قائم.

فأما إذا تصرف تصرفاً لا يحتمل الفسخ، كالإعناق والتدبير والاستيلاء، فإنه لا يسترده^(١)، لأنه لا يبقى حق الحبس^(٢)، لأن المشتري تصرف فى ملكه تصرفاً لا يحتمل الرد، فنفذ^(٣)، كالأرهن إذا أعتق وحبس الحر، أو الحر^(٤) من وجه، لا يجوز، لأنه لا^(٥) فائدة فى بقاء الحبس^(٦).

(١) الها، من ب و ح .

(٢) « الحبس » من ب و ح . وفى الأصل : « الفسخ » .

(٣) « فنفذ » من ب و ح . وفى الأصل : « فيفسد » .

(٤) فى ح : « الحر » .

(٥) فى ح : « لا يجوز ولا » . وفى ب : « لا يجوز فلا » .

(٦) فى ب و ح : « حق الحبس » . وزاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

البيع الفاسد

وما يملك به وما لا يملك^(١)

في الباب فصلان :

أحدهما : في بيان أنواع البيوع الفاسدة .

والثاني : في بيان حكمها .

أما الأول — فنقول :

البيوع الفاسدة أنواع :

منها - أن يكون المبيع مجهولا ، أو الثمن مجهولا ، جهالة توجب المنازعة ،
لأنها مانعة عن^(٢) التسليم والتسلم ، وبدونها^(٣) يكون البيع فاسدا ،
لأنه لا يفيد مقصوده .

بيانها - إذا اشترى شاة من قطيع ، أو اشترى أحدا لأشياء الأربعة ،
بكذا ، على أنه بالخيار بين أن يأخذ واحدا منها ويرد الباقي^(٤) ، أو اشترى
أحد الأشياء الثلاثة ، أو أحد الشئتين ولم يذكر فيه الخيار^(٥) ؛ فأما إذا

(١) في ح : « باب البيوع الفاسدة وما يملك وما لا يملك » .

(٢) في ب : « من » -

(٣) كذا في ح . وفي الأصل و ب : « وبدونها » - والمقصود بدون إمكان التسليم والتسلم .

(٤) في ب : « البواق » .

(٥) هنا زاد في ب : « لا يجوز » .

ذكر الثلاثة أو الاثنين وشرط الخيار لنفسه: بين أن يأخذ واحدا ويرد الباقي: <ف> هذا جائز استحسانا، اعتباراً بشرط الخيار ثلاثة أيام. وهل يشترط فيه ذكر مدة^(١) خيار الشرط؟ اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يشترط.

. . .

وكذا إذا باع العبد بمائة شاة من هذا القطيع ونحوه، لا يجوز، جهالة الثمن.

. . .

فأما الجهالة التي لا تنفضى إلى المنازعة: <ف> لا تمنع الجواز - فإنه إذا باع قفيزاً من صبرة معينة بدراهم^(٢)، أو باع هذا العدل من الثياب بكذا ولا يعرف عددها، أو باع هذه الصبرة بكذا ولا يعلم عدد القفزان - جاز، لما ذكرنا.

وعلى هذا:

إذا اشترى شيئاً لم يره، بأن اشترى فرساً مجللاً^(٣)، أو جارية متقبعة، أو كسرى حنطة في^(٤) هذا البيت، أو عبداً تركياً في هذا البيت، فإنه يجوز إذا وجد كذلك، وللمشتري الخيار إذا رآه.

وعند الشافعي: فاسد.

(١) «مدة» من ب. وهي في الكشاف (١٤: ١٥٧: ٥).

(٢) في ب: «بدراهم».

(٣) أى لا بابا للجل وهو للدانة كالتوب للإنسان تصان به (المنجد).

(٤) في ب: «أو كسرى حنطة من». وفي ح: «أو كذا كر من حنطة في».

ولو باع هذا العبد بقيمته: فهو فاسد، لأن القيمة تعرف بالحزروالظن.
وكذا لو اشترى عدل زطى أو جراب هروى ، بقيمته ، لما قلنا .
ولو اشترى بحكم البائع أو^(١) المشتري ، أو بحكم فلان : فهو فاسد ،
لأن الثمن مجهول .

وكذلك لو اشترى شيئاً بألف درهم إلا ديناراً ، أو بمائة دينار إلا
درهما ، لأن معناه : « إلا قدر قيمة الدينار » وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة.
ولو باع وقال : « هو بالنسيئة كذا وبالنقد كذا » - فهو فاسد ، لأن
الثمن مجهول .

وكذا لو قال « بعت إلى أجل كذا أو^(٢) كذا » : فهو فاسد ، لأن
الأجل مجهول^(٣) .

ولو باع إلى الحصاد والدياس^(٤) ، أو إلى رجوع الحاج وقدومهم -
فالبيع فاسد ، لما ذكرنا^(٥) .

ولو باع عدل زطى برأس ماله ، أو برقه^(٦) ، ولا يعلم المشتري رقه
ولا رأس ماله : فهو فاسد ، لأن الثمن^(٧) مجهول . فإن علم رأس ماله أو

(١) كذا في ب و ح . وفي الاصل : « و » .

(٢) في ب و ح : « و » .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الاصل : « فاسد » .

(٤) في ح : « أو إلى الدياس » ،

(٥) في ب و ح : « على ما ذكرنا في السلم » .

(٦) التاجر يرقم الثياب أى يعلها بأن تمنها كذا (المغرب) .

(٧) في ح : « لأن العين الثمن » .

رقه في المجلس فإنه يعود البيع جائزا استحسانا ، خلافا لـ زفر ، كما ^(١) في الحصاد والدياس ، أو بشرط ^(٢) الخيار إلى شهر - إلا أن الفرق أن هناك إذا رفع ^(٣) المفسد قبل مجيء الحصاد والدياس ، وقبل مجيء اليوم الرابع - يعود إلى الجواز ، سواء كان في مجلس العقد أو بعد المجلس ، وفي الرقم يشترط لا انقلاب البيع جائزا ارتفاع المفسد في المجلس .

ومنها - أن يكون المبيع محرّما أو ثمنه ، بأن باع الحرّ أو الخنزير ، أو باع بهما - فإنه لا يجوز . وكذا المحرّم إذا باع صيدا مملوكا ، أو اشترى بصيد ^(٤) مملوك ، لأنّ الحرام لا يصالح مبيعا و ثمنه - غير أنه إذا كان مبيعا : يكون البيع ^(٥) باطلا ، وإذا كان ثمنه : ينعقد البيع ، بالقيمة ، عندنا ، يما فاسدا . وأما إذا ذكر الميتة والدم ثمنه : < فقد > اختلف المشايخ فيه .

ومنها - إذا تعلق بالمبيع حق محترم ، للغير ، لا يملك البائع إبطاله : يكون البيع ^(٦) فاسدا - نحو أن يبيع الراهن المرهون ، أو المؤجر المستأجر ^(٧) .

(١) في ب : « كما قال » .

(٢) في ح : « شرط » .

(٣) في ح : « وقع » .

(٤) في ح : « بريد » .

(٥) « البيع » من ب و ح .

(٦) في ب « ويكون البيع » . وفي ح : « أو يكون المبيع » .

(٧) في ب : « فاسدا لجواز بيع الراهن الرهن أو المرهون أو المستأجر » .

واختلفت^(١) العبارة في هذه المسألة في الكتب :
ذكر في بعضها أن البيع فاسد .

وفي بعضها أنه^(٢) موقوف ، على إجازة المرتهن والمستأجر ، وهو الصحيح
- حتى إن الراهن لا يقدر على فسخه . وكذلك المؤاجر . وكذا المرتهن
والمستأجر : لا يملكان الفسخ ، ويملكان الإجازة . وإذا انقضت هذه
الإجازة^(٣) ، أو افتك الراهن^(٤) الرهن يثبت الملك للمشتري^(٥) .

ومنها - أن المبيع^(٦) إذا كان لا يقدر على تسليمه^(٧) وقت العقد ،
مثل الطير^(٨) الذي طار عن يده ، أو العبد الآبق ، و^(٩) اللقطة ، والمغصوب -
< يكون البيع فاسدا > .

ولو قدر على التسليم ، في المجلس ، لا يعود إلى الجواز ، لأنه وقع فاسدا .
وكذلك إذا جمعه ثمنا ، لأن الثمن إذا كان عينا - فهو مبيع ، في حق صاحبه .
وعن الطحاوي أنه يعود جائزا .

ومنها - أن يكون في المبيع ، أو في ثمنه^(١٠) ، غرر ، مثل بيع السمك

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « اختلف » .

(٢) « أنه » من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « مدة الإجازة » .

(٤) « الراهن » من ب و ح .

(٥) في ح : « ملك المشتري » .

(٦) في ح : « أن يعض المبيع » .

(٧) في ب : « أن المبيع إذا لم يكن مفسور التسليم » .

(٨) في ب و ح : « مثل بيع الطير » .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) « أو في ثمنه » من ح .

في الماء ، وهو لا يقدر على تسليمه بدون الاصطياد والحيلة ، و^(١) يبيع الطير في الهواء ، أو يبيع مال الغير على^(٢) أن يشتريه ، فيسلمه إليه ، لأنه باع ما ليس بمملوك له لا الحال^(٣) ، وفي ثبوته غرر وخطر .

. . .

ومنها - يبيع ما هو مملوك له ، لكن قبل القبض - وقد ذكرنا تفصيله^(٤) .

. . .

ومنها - إدخال الشرطين في بيع واحد^(٥) - وذلك أن يقول « إن أعطيتي حالا فبالف ، وإن أجلت شهرا فبألفين » ، أو قال « أبيعك بقفيز حنطة أو بقفيزي^(٦) شعير » فهو فاسد ، لما روى عن النبي عليه السلام ، أنه سهى عن الشرطين^(٧) في بيع .

. . .

ومنها - بيع الاتباع والأوصاف مقصودا ، وذلك نحو بيع الألية من الشاة الحية والذراع والرأس ونحوها^(٨) ، وكذا يبيع ذراع من الثوب - لأنه تبع ، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر^(٩) ، وهو ذبح الشاة ، وقطع الثوب .

(١) في ب و ح : « أو » .

(٢) في ب : « قبل » .

(٣) في ح : « في الحال » .

(٤) راجع فيما تقدم ص ٥٥ - ٥٦ من هذا الجزء .

(٥) « واحد » من ح .

(٦) في ح : « أو بقفيز » .

(٧) في ب : « شرطين » . وفي ح كذا : « شهرين » .

(٨) في ب : « ونحوها » .

(٩) في ح كذا : « لأنه يبيع لا يمكن تسليمه إلا بضرورة » .

وكذلك يبيع جذع من ^(١)سقف . ولكن إذا نزع من السقف وسلم ^(٢)، جاز .

فأما يبيع قفيز من صبرة ، أو يبيع عشرة دراهم من نُقْرَة ^(٣) ونحوها ، بخافز ^(٤) ، لأنه ليس فى التبعض ضرر ، وهو ليس ببيع ^(٥) أيضا ، لأنَّ القدر أصل فى المقدرات ^(٦) ، بخلاف الذرع فى الذرعات .

ومنها - يبيع المعدوم الذى انعقد سبب وجوده ، أو ما هو على خطر الوجود - كبيع المضامين ، والملاقيح ^(٧) ، وتاج ^(٨) الفرس - لما روى عن النبي عليه السلام ، أنه نهى عن بيع المضامين ، والملاقيح ، وبيع حَبَلِ الحَبَلَة ^(٩) .

ومنها - أن يشترط الأجل فى المبيع ^(١٠) العين أو الثمن العين ،

(١) فى : « فى » .

(٢) فى ب : « وتسلم » .

(٣) النُقْرَة القطعة المنابة من النضة أو الذهب (المغرب) .

(٤) فى ب و ح : « جاز » . وفى ب : « فأما إذا باع قفيزا من ... جاز » .

(٥) هكذا فى ب . وفى الأصل و ح : « يبيع » .

(٦) فى ح : « فى المسودات » .

(٧) المضامين ما فى الاصلاب ، جمع مضمون - والملاقيح ما فى الارحام ، جمع ملقوح

(ابن الهمام ، الفتح . ٥ : ١٩٢) .

(٨) النِّيتاج مصدر نتجت بالفم ولكن أريد به المتزوج منها (الباقى ، النهاية ، ٥ : ١٩٢) .

(٩) « الحَبَل مصدر حَبِلَت المرأة حَبَلًا فهى حَبْلِي فسمى به المحمول كما سمي بالحلل ولما دخلت

عليه التناء لشمارا لمعنى الأنوثة فيه ، قيل مناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين لأن كان أنثى . وكانوا فى الجاهلية يتنادون ذلك ، فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم » (الباقى ، النهاية ، ٥ : ١٩٢) .

(١٠) فى ح : « فى البيع » .

لأن الأجل في الأعيان لا يفيد ^(١)، فلا يصح ^(٢)، فيكون شرطاً لا يقتضيه العقد، فيفسد البيع.

فأما في الثمن الدين: < ف > إن كان الأجل معلوماً: جاز، وإن كان مجهولاً: لا يجوز - على ما مر ^(٣).

ومنها - البيع بشرط . وهو أنواع :

١- إن شرطاً شرطاً يقتضيه العقد ، بأن اشترى ^(٤) شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيع أو يسلم المشتري الثمن ، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن ، فالبيع جاز ، لأن هذا شرط مقرر موجب ^(٥) العقد ، فإن ثبوت الملك ، والتسليم والتسلم ^(٦) ، من مقتضى المعاوضات .

وإن شرطاً شرطاً لا يقتضيه ^(٧) العقد ولكي ورد الشرع بمجوزة - كالأجل والخيار - رخصة وتيسيراً ، فإنه لا يفسد العقد ، لأنه لما ورد الشرع به دل أنه من باب المصلحة دون المفسدة - وهذا جواب الاستحسان .

والقياس أن يفسد ، لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك ،

في الحال ، في الموضين معا .

(١) في : « لا يقبل » .

(٢) في ب و ح : « ولا يصح العقد » .

(٣) زاد هنا في ح : « ذكره » . راجع باب السلم (من ٤ وما بعدها) .

(٤) في ب : « فإن اشترى » .

(٥) في ب : « لموجب » . وفي ح كذا : « شرط مقدر فيقدر يقتضى بموجب » .

(٦) « والتسلم » ليست في ح .

(٧) في ح : « لا يقتضى » .

ولكننا أخذنا بالاستحسان ، لا حديث الوارد في باب الخيار .
وإن شرطاً شرطاً بوقفه العقد ولم يرد الشرع به أيضاً لكنه يلائم
العقد ويوافق ، وذلك نحو أن يشتري شيئاً بشرط أن يعطى للبائع كفيلاً
بالثمن ، أو رهناً بالثمن ، < ف > هذا ^(١) على وجهين :
إما أن يكون الكفيل أو الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية أو لم يكن
معلوماً بالإشارة والتسمية ^(٢) .

فإن لم يكن معلوماً ^(٣) - بأن قال « أبيعك بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن » ،
ولم يسم رهناً ولا أشار إليه ، أو قال « بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن » ولم
يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان - كان البيع فاسداً ، لأن هذه جهالة
تفضي إلى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم ^(٤) .

وأما إذا كان معلوماً بالإشارة أو بالتسمية : فالقياس أن لا يجوز
البيع ^(٥) - وبه أخذ زفر . وفي الاستحسان يجوز ، وهو قول علمائنا - وهو
الصحيح ، لأن الرهن والكفالة بالثمن شرعا وثيقا بالثمن ، فيكون بمنزلة
اشتراط الجودة في الثمن ، فيكون شرطاً مقررماً لما يقتضيه العقد معنى .

ثم إنما يجوز البيع استحساناً في اشتراط الكفالة ، إذا كان الكفيل
حاضراً في المجلس وقبل .

(١) في الأصل وب و ه : « وهذا » .

(٢) « بالإشارة والتسمية » من ب .

(٣) « فإن لم يكن معلوماً » ليست في ب .

(٤) « والتسلم » ليست في ب .

(٥) « البيع » من ب و ه .

فأما إذا كان غائباً فإنه لا يجوز ، وإن بلغه الخبر فقبل^(١) ، لأن
وجوب الثمن فى ذمة الكفيل مضاف إلى البيع ، فيصير الكفيل بمنزلة
المشتري إذا كانت الكفالة مشروطة فى البيع ، وحضرة المشتري فى
المجلس شرط لصحة الإيجاب من البائع ولا يتوقف إلى^(٢) ما وراء المجلس
- فكذلك حضرة الكفيل . بخلاف الرهن : فإن حضرته ليست
بشرط فى المجلس ، لأن الرهن من المشتري ، وهو حاضر والتم الرهن ،
فالرهن صحيح^(٣) . ثم فى الرهن ما لم يسلم المشتري الرهن إلى البائع
لا يثبت فيه^(٤) حكم الرهن ، وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ،
لأن الرهن لا يثبت فى حق الحكم^(٥) إلا بالقبض . على ما عرف ، فإن
سلم الرهن مضى^(٦) العقد على مساعدا^(٧) ، وإن امتنع عن التسليم
لا يجبر على التسليم عندنا ، وعند زفر يجبر ، لكن عندنا يقال للمشتري^(٨) :
« إما أن تدفع الرهن أو قيمته ، أو تدفع الثمن ، أو تفسخ البيع » ، لأن
البائع ما رضى بوجوب الثمن فى ذمة المشتري ، إلا بوثيقة الرهن ، وفى

(١) الفاء من ب و ح . وفى الأصل : « وقبل » .

(٢) « إلى » ليست فى ح .

(٣) « فالرهن صحيح » من ب .

(٤) فى ح : « لا يثبت فى حق » .

(٥) « وإن انعقد عقد الرهن .. فى حق الحكم » ليست فى ح .

(٦) فى ح : « يصير » .

(٧) فى ح : « على ما عرف » .

(٨) فى ب : « فإذا » .

(٩) فى ب : « يقول البائع للمشتري » .

هذه الوجوه وثيقة ، فإن لم يفعل المشتري شيئا من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع ، لأنه فات غرضه ، فلا يكون العقد لازما ، فله أن يفسخ .

وقالوا في البيع : إذا شرط فيه رهن مجهول حتى فسد البيع ، ثم اتفقا على تعيين رهن في المجلس - إنه يجوز العقد . وإن افترقا عن المجلس ، تقرر الفساد . لأن تمام القبول توقف على الرهن المشروط في العقد - ألا ترى أن < البائع لو قال للمشتري > ^(١) « قبلت الثمن بغير رهن » فإنه لا يصح البيع ^(٢) - فإذا لم يوجد الرهن ^(٣) لم يوجد القبول معنى ^(٤) ، فإذا عينا في المجلس جاز ، لأن المجلس بمنزلة حالة واحدة ، فصار كأنه قبل العقد في آخر المجلس ؛ وإن افترقا بطل .

وعلى هذا : إذا قال المشتري ^(٥) في الرهن المجهول « أنا أعطى الثمن » لم يفسد العقد ، لأن الغرض من الرهن هو الوصول إلى الثمن ، وهو حاصل ^(٦) ، فسقط اعتبار الوثيقة .

ولو شرط البائع في البيع أن يحيله المشتري بالثمن ، على غريم من غرمائه ، فهذا على وجهين :

(١) في الأصل و ب و ح : « المشتري لو قال للبائع » .

(٢) عبارة : « ألا ترى ... لا يصح البيع » ليست في الكاساني . ولعل المقصود أنه قال ذلك بعد الافتراق عن المجلس وتقرر الفساد فلا بد من لإيجاب وقبول جديدين بدليل ما سيأتي .

(٣) « لم يوجد الرهن » ليست في ب و ح .

(٤) في ب : « معينا » .

(٥) في ح : « للمشتري » .

(٦) في ح : « لأن الغرض من الرهن ، وهو الوصول إلى الثمن ، حاصل » .

إن أحال بجميع^(١) الثمن ، فالبيع فاسد ، لأنه يصير بائعاً بشرط أن يكون الثمن على غير المشتري^(٢) ، وهو باطل .

وإن باع بشرط أن يحيل نصف^(٣) الثمن على فلان ، فهو جائز إذا كان حاضراً و^(٤) قبل الحوالة ، كما إذا باع عبداً من رجل بألف درهم على أن يكون نصفه على فلان وهو حاضر ، فقبل ، جاز - كذا هذا .

ثم إذا كان الكفيل والمحتال عليه غائبين عن المجلس ، فلم يحضر^(٥) حتى افتقر العاقدان ، فلا يصح البيع إلا بإيجاب مبتدأ ، لأن تمام العقد يقف على قبول الكفيل والمحتال عليه ، فجعل كأن القبول لم يوجد من المشتري في المجلس . ولو حضرا في المجلس ، وقبلا . جاز ؛ كما لو قبل ، عند العقد ، لأن المجلس له حكم ساعة واحدة .

ولو شرط المشتري في البيع « على أن يحيل^(٦) البائع على غريم من غرمائه بالثمن ليدفع إليه » أو باع بشرط « أن يضمن المشتري لغريم من غرمائه بالثمن^(٧) » ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الضمان والحوالة ثمة صار بمنزلة

(١) في ب و ح : « إن باع بشرط أن يحال بجميع » . إلا أن في ح : « يحيل » .

(٢) في ب : « على غيره » . وفي ح كذا : « على غير الباطل » .

(٣) في ب : « بنصف » .

(٤) في ح : « أو » - راجع فيما تقدم ص ٧١ .

(٥) في ح : « فلم يحضر » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « يحيله » .

(٧) لعل المعنى : أو باع البائع بشرط أن يضمنه المشتري لدائن من دائني البائع بمقدار الثمن الذي في ذمة المشتري للبائع - فغريم هنا بمعنى الدائن بخلاف غريم في الصورة الأولى فمناها - على ما يظهر - مدني المشتري . والبراءة في الكاساني (٥ : ١٧٢ : ٧) : « ولو شرط المشتري على البائث أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع - فالبيع فاسد » .

اشتراط صفة الجودة في الثمن، لكونه توكيدا للثمن وتوثيقا له^(١)،
وشرط الضمان ههنا ليس بصفة للثمن، بل هو شرط فيه منفعة العاقد، والمقد
لا يقتضيه، فيفسد البيع.

وإن شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يبرئ ولا يبرهما فيه منفعة إلا
أنه متعارف، بأن اشترى نعلا وشراكا^(٢) على أن يحذوه^(٣) البائع، جاز
استحسانا، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر.

ولكن أخذنا بالاستحسان، لتعارف الناس، كما^(٤) في الاستصناع.
ولو شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يبرئ ولا يبرهما فيه^(٥) وفيه
منفعة لأحد العاقدين، بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع، أو ثوباً
على أن يخيطه البائع، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع
شهرًا^(٦)، ونحو ذلك - فالبيع فاسد.

وهذا كله مذهب علمائنا.

وقال ابن أبي لبى بأن البيع جائز، والشرط باطل.

وقال ابن شبرمة^(٧) بأن البيع جائز، والشرط جائز^(٨).

(١) في الأصل وب و ح : « وتوثيقاً إياه ». انظر الكاساني، ٥ : ١٧١ - ٢٣ : ١٧٢.

(٢) الشراك هو سير التل الذي هو على ظهر القدم (المغرب).

(٣) أى يعماه (المغرب) . وفي ب : « يحذوه » .

(٤) « كما » ليست في ح .

(٥) في ب و ح : « وليس بمتعارف » .

(٦) « شهرًا » ليست في ح .

(٧) هو عبد الله بن شبرمة المحدث الثقة، وفقه أهل الكوفة، وقاضى أبى جعفر المنصور على

سوادها، وقد توفي سنة ٢٤٤ هـ . (التروى) .

(٨) « والشرط جائز » ليست في ح .

والصحيح قولنا، لأن اشتراط المنفعة الزائدة، في عقد المعاوضة، لا أحد
العاقدين من باب الربا، أو شبهة الربا وإنه < ملحقه ^(١) بحقيقة الربا
في باب البيع احتياطاً .

ولو شرطاً شرطاً فيه ضرر لأحد العاقدين بأن باع ثوباً أو حيواناً، سوى
الريق، بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه : ذكر في المزارعة الكبيرة ما يدل
على أن البيع بهذا الشرط لا يفسد ، فإنه ذكر أن أحد المزارعين لو
شرط ^(٢) في المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو لا يهبه - قال ^(٣) :
المزارعة جائزة، والشرط باطل ، لأنه ليس لأحد المتعاملين ^(٤) فيه منفعة -
هكذا ذكر الحسن في المجرّد .

وروى أبو يوسف في الأمالي ^(٥) < خلافه > : وهو قوله إن البيع
بمثل هذا الشرط فاسد .

والصحيح هو الأول .

ولو باع جارية بشرط أن يبطأها أو لا يبطأها ^(٦) : لم يذكر في ظاهر الرواية .

وروى ^(٧) عن أبي حنيفة أنه قال : البيع فاسد في الموضعين .

(١) في ب : « لأحد العاقدين في باب الربا شبهة الربا وشبهة الربا ماحقة » وفي ح : « من
الربا وشبهة الربا ملحقه » .

(٢) في ب : « أحد المزارعين يشترط » . (٣) في ب : « فإن » .

(٤) كذا في ح . وفي الأصل : « المتعاملين » . وفي ب : « المتعاملين » .

(٥) في ب وح : « وروى عن أبي يوسف في الإملاء » . وفي الكاساني (١٧٠ : ٥) .

أسفل : « وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع .. راجع ما سيأتي ص ٧٦ - ٧٧ .

(٦) انظر في هذه المسألة : الكاساني ، ١٧٠ : ٥ - ١٧١ .

(٧) « وروى » ليست في ح . وفي ب : « روى » .

وروى عن محمد أنه قال ^(١) : لا تفسد في الموضعين .

وعن أبي يوسف أنه قال ^(٢) : إن باع بشرط أن يطاها فالبيع جائز ، وإن باع بشرط أن لا يطاها فالبيع فاسد .

فالخاضع أن البيع ، بشرط أن يطاها ، فاسد عند أبي حنيفة . وعندهما : جائز ، لأن إباحة الوطء حكم يقتضيه العقد ، فصار كما لو اشترى طعاما بشرط أن يأكله ، ونحو ذلك .

وأبو حنيفة يقول : هذا شرط لا يقتضيه العقد ، فإنه لو صح الشرط كان حكمه وجوب الوطء ^(٣) ، والبيع لا يقتضيه ، وفيه نفع للمعقود عليه ^(٤) ، وهو من أهل استحقاق الحق ^(٥) على مولاه في الجملة ، فإنه يستحق النفقة عليه ؛ بخلاف ما إذا باع حيوانا بشرط أن يعلقه ^(٦) ، لأنه ليس من أهل ^(٧) استحقاق الحق على مالكه .

وأما البيع بشرط أن لا يطاها : < فقد > قال أبو حنيفة وأبو يوسف ^(٨) :

البيع فاسد . وعلى قول محمد : جائز

وهو ^(٩) قياس ما روى أبو يوسف عنه ^(١٠) في الأملألى : إذا باع

(١) و (٢) « قال » من ب و ح .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « وجوب حكم الوطء » .

(٤) في ح كذا : « وفيه يقع المعقود عليه » .

(٥) في ب : « العقد » . (٦) في ب : « أن لا يعلقه » .

(٧) « أهل » ليست في ح .

(٨) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « قالوا » .

(٩) الظاهر من سياق البارة أن المقصود رأى أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١٠) يظهر أن المقصود : عن أبي حنيفة .. راجع فيما تقدم من ٧٥ .

طعاما بشرط أن لا يأكل أو لا يبيع: <ف> إن البيع فاسد .
 فأما على قياس ما ذكر في المزارعة الكبيرة^(١): <ف> يجب أن يكون
 الجواب على قول أبي حنيفة في هذه المسألة^(٢) مثل قول محمد .
 ولو اشترى عبدا بشرط أن يعتقه المشتري : قال علماؤنا: البيع فاسد^(٣) -
 حتى لو أعتقه المشتري قبل القبض لم ينفذ عتقه ، وإن أعتقه بعد القبض
 عتق ، فانقلب^(٤) العقد جائزا ، استحسانا ، في قول أبي حنيفة . حتى يجب
 عليه الثمن .
 وقال أبو يوسف ومحمد^(٥) : لا ينقلب العقد جائزا إذا أعتقه ، حتى يجب
 عليه قيمة العبد .

وروى عن أبي حنيفة مثل قولهما .
 وقال الشافعي ، في أحد قوليهِ : إن البيع بهذا الشرط جائز .
 وقد^(٦) روى أبو يوسف عن أبي حنيفة مثله .
 والصحيح قول أبي حنيفة ، لأن هذا شرط^(٧) يلائم العقد من وجه
 دون وجه : <ف> من حيث إن الإعتاق إزالة الملك ، يكون تغييراً

(١) راجع فيما تقدم ص ٧٥ .

(٢) في هذه المسألة « من ب و ح » .

(٣) في ح - تكرار هنا .

(٤) في ح : « وانقلب » .

(٥) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « وفلا » .

(٦) « قد » - من ب .

(٧) في ح : « الشرط » .

لحكم العقد^(١)، ومن حيث إنه إنهاء للملك، يكون ملائماً له، لأن فيه تقريراً^(٢)، فقلنا بفساد البيع في الابتداء وبالجواز في الانتهاء، عملاً بالدليلين؛ وبالعكس لا يكون عملاً بهما، لأننا نجد فاسداً ينقلب جائزاً، كما في بيع الرقم، ولكن لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً، فكان الوجه الأول أولى. ولو باع بشروط التدبير والكتابة، وفي الأمة بشرط الاستيلاد،

فالباع فاسد، ولا ينقلب إلى الجواز عند وجود الشرط، لأن هذا شرط لا يلائم البيع، لأنه^(٣) لا يثبت إنهاء الملك^(٤) هنا يتيقن، لاحتمال أن القاضي يقضى بالجواز في التدبير والاستيلاد فلا يقرر حكمه^(٥).

ولو باع الثمار على الأشجار والزرع الموجودة، هل^(٦) يكون البيع فاسداً؟ فهذا لا يخلو من وجوه: إما إن كان قبل الإدراك أو بعده، بشرط القطع أو بشرط الترك:

(١) في ح: «يكون متبراً بحكم البيع».

(٢) في ب و ح: «لأنه تقرير».

(٣) هكذا في ب و ح. وفي الأصل كذا: «لأنها» - والمقصود تحقق الشرط.

(٤) في ب: «لا يثبت أنها بدل بالملك».

(٥) علة لمخالفته لمقتضى العقد والمعنى أن اشتراط المتق في البيع على المشتري اعتبر ملائماً للعقد من ناحية أنه ينتهي به الملك والشيء لا ينتهي إلا بعد أن يقرر ويتحقق وجوده فكان اشتراط المتق مقراً من هذه الناحية للملكية المشتري بالعقد فكان موافقاً له أما التدبير والاستيلاد فلا يترتب عليهما إنهاء ملك المشتري يتيقن لجواز أن القاضي يقضى بجواز بيع المدهر والمستولد كما هو رأى بعض السلف وفي هذا القضاء دليل على بقاء ملك المشتري وعدم انتهائه بالتدبير والاستيلاد وبذلك لا يمكن أن يقال إن حكم العقد الصادر للمشتري قد تقرر بالتدبير والاستيلاد. وعلى ذلك لا يكون موافقاً للعقد كما هو الحال في الإعتاق على ما بينا (راجع السكاساني ح ٥ ص ١٧٠).

(٦) في ب و ح: «ولو اشترى الثمار على الأشجار والزرع الموجودة بشرط الترك هل».

وما في المتن هو الصحيح كما يتبين مما يلي.

فإن كان قبل الادراك : <ف> إن كان بشرط القطع جاز ، وإن اشترى مطلقا جاز .

وقال الشافعي ^(١) : إن اشترى بشرط القطع : جاز . وإن اشترى مطلقا : لا يجوز ، لأنه صار شارطا ^(٢) للترك دلالة .

ولكن الصحيح قولنا ، لأنه اشترى ما هو مال ، وإن كان لا يتكامل الانتفاع به ^(٣) ، بمنزلة شراء الجحش ، والكلام المطلق لا يحمل على المقيد خصوصا إذا كان في ذلك فساد العقد .

وأما إذا باع بشرط الترك : فهو فاسد ، بخلاف بين أصحابنا ، لأنه شرط فيه منفعة للمشتري ، فصار كما لو اشترى حنطة بشرط أن ^(٤) يتركها في دار البائع شهرا ،

هذا إذا باع قبل أن يبدو صلاحها ^(٥) . وأما إذا باع بعد بدو صلاحها مطلقا ، أو بشرط القطع - جاز .

ولو باع بشرط الترك : لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٦) .

وقال محمد : إن تناهى عظمها جاز ؛ وإن لم يتناه عظمها ^(٧) لا يجوز ، لأن

الناس تعاملوا ^(٧) ذلك من غير تكبير .

(١) « الشافعي » ليست في ح .

(٢) في ح : « شارطا » .

(٣) « به » ليست في ب و ح .

(٤) « بشرط أن » ليست في .

(٥) « هذا ... صلاحها » من ب .

(٦) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « عندما » .

(٧) « عظمها » من ب و ح .

(٨) في ح : « تعاملوا تمارفوا » .

والصحيح قولهما ، لأن هذا شرط فيه منفعة للمشتري ، والعقد لا يقتضيه ، والتعامل لم يكن بشرط الترك ، ولكن الإذن معتاد بلا شرط^(١) في العقد .

ولو اشترى مطلقاً ، وتركها على النخل^(٢) ، من غير شرط الترك ، ولم يتناه عظمها^(٣) :

فإن كان ذلك بإذن البائع : جاز ، وطاب له الفضل .
وإن ترك^(٤) بغير إذن البائع : تصدق بما زاد على ما كان عند العقد ، لأنه حصل ، من وجه ، بسبب محذور .

وإن أخرج النخل والشجر في مدة الترك^(٥) ثمرة أخرى ، فذلك كله للبائع . سواء كان الترك بإذنه أو بغير إذنه . وإن جللها^(٦) منه البائع : جاز ، لأن هذا الحادث لم يقع عليه العقد ، وإنما هو نماء ملك البائع ، فيكون له . فإن اختلط الحادث بالموجود وقت العقد ، بحيث لا يمكن التمييز بينهما : فإن كان قبل أن يخلى البائع بين المشتري والثمار : ففسد البيع ، لأن المبيع صار مجهولاً بحيث يتعذر تسليمه حال وجوب التسليم ، والعجز عن التسليم مفسد للبيع . وإن كان ذلك بعد^(٧) التخلية : لم يفسد البيع ، وكانت

(١) في ح : « ولكن الإذن الاجل معتاد بالشرط » .

(٢) في ب : « ولو اشترى مطلقاً ثماراً أو تركها على النخل » .

(٣) « الترك ولم يتناه عظمها » ليست في ح .

(٤) في ب و ح : « وإن كان » .

(٥) في ب : « في يده مدة الترك » .

(٦) أى قطعها وحصدها . وفي المغرب : « والجل بالكرس قصب الزرع إذا حصد وقطع » .

(٧) في ح : « قبل » وهو خطأ .

الثمرة بينهما ، والقول فى الزيادة قول المشتري ، لأن البيع قد تم بعد القبض .

فأما إذا اشترى ثمرة قد تنهى عظمها ، وتركها على الشجرة ، بغير إذن البائع - لم يتصدق بشيء ، لأنها^(١) لا تزيد بعد التناهى ، بل تنقص ، فلم يحصل له < ١ > ^(٢) زيادة بسبب محذور .

فأما فى الزرع ، فالنماء يكون للمشتري طيبا ، وإن تركه^(٣) بغير إذنه ، لأنه نماء ملك المشتري ، لأن الساق ملكه ، حتى يكون الثمن له ، بخلاف الشجرة .

وأما الزروع التى يوجد بعضها بعد وجود بعض ، كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها : < فقد > قال أصحابنا : يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الأول ، ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، لأنه يبيع معدوم .

وقال مالك : إذا ظهر الخارج الأول ، جاز بيع الكل ، لأجل الضرورة - إلا أننا نقول : لا ضرورة ، فإنه يمكن بيع الأصل ، بما فيه من الثمر ، فيصير الأصل ملكا له ، فبعد ذلك : ماتولد من الأصل ، يحدث على ملكه .

ومنها - أن يشتري شيئا بثمن معلوم ، ثم يبيعه من البائع ، بأقل مما باعه ، قبل نقد الثمن .

(١) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « لأنه » .

(٢) فى الأصل وب : « له » . وفى ح : « به » .

(٣) فى الأصل : « تركها » . وفى ب و ح : « ترك » .

فإن باعه بجنس الثمن الأول: بأن اشتراه بألف درهم، ثم باعه منه^(١) بخمسمائة درهم^(٢)، قبل نقد الثمن، فهو فاسد عندنا.

وعند الشافعي: صحيح.

وإن كان بخلاف جنس الثمن الأول: جاز.

والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها، في قصة زيد بن أرقم^(٣) - وهو معروف^(٤).

. . .

ثم ما ذكرنا من الشروط - التي إذا^(٥) أدخلها في نفس العقد يكون مفسدا للعقد^(٦) - إذا اعترضت على العقد الصحيح، هل يفسد العقد؟ عند أبي حنيفة: يفسد^(٧)، ويلتحق بأصل العقد، بمنزلة اشتراط الخيار في العقد البات، والزيادة، والخط، في الثمن^(٨).

(١) « منه » ليست في ح . والبارية فيها : « فإن كان يحبس الثمن الأول فاشتره بألف درهم ثم باعه بخمسمائة ».

(٢) « درهم » من ب و ح .

(٣) خزرجي مدني من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد غزا معه صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وقد روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ونزل الكوفة وتوفي بها سنة ٥٦ هـ . (أو سنة ٦٨ هـ) (النووي) . وفي ح : « أسلم بن أرقم » .

(٤) في ح : « وهي معروفة » . وهو « أن امرأة سألت عائشة رضي الله عنها ، فقالت : إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، واشتراها مني بستائة - فقالت عائشة : أهلكي زيد بن أرقم رضي الله عنه أن الله تعالى قد أبطل جهاده لأن لم يتب » (أبو يوسف ، الآثار ، رقم ٨٤٣) - وارجع أيضا إلى : محمد ، الآثار ، ص ١٠٦ ؛ والحجيج ، ص ٢٥٤ . وكذا المرغيناني ، الهداية ، ٥ : ٢٠٨ . والبارقي ، العناية وابن الهمام ، فتح القدير : نفس الصفحة .

(٥) « إذا » ليست في ح . وفي ب : « لو » .

(٦) « يكون مفسدا للعقد » ليست في ب .

(٧) في ب و ح : « يفسد » .

(٨) في ح : « في الثمن والمتمن » .

وعندهما: لا يلتحق ، ويبطل الشرط - والمسألة معروفة .

وأما حكم البيع الفاسد ، فنقول :

هذا على وجهين :

إن كان الفساد من قبل المبيع ، بأن كالمُحرَّم ما، نحو الخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام ، فالبيع باطل : لا يفيد الملك أصلاً ، وإن قبض ، لأنه لا يثبت الملك في الخمر والخنزير^(١) للمسلم بالبيع^(٢) ، والبيع لا ينعقد بلامبيع^(٣) .

وكذلك : إذا باع الميتة ، والدم ، وكل ما ليس بمال متقوم . وكذلك : إذا باع المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب ، والمستسمى ، ونحو ذلك .

وكذلك الصيد الذي ذبحه المحرم ، أو صيد الحرم^(٤) إذا ذبح : فإنه يكون ميتة ، فلا يجوز بيعه .

وإن كان الفساد يرجع للثمن :

فإن ذكر ما هو مال في الجملة شرعاً ، أو ما هو مرغوب عند الناس لا يوجد مجاناً بغير شيء ، كما إذا باع بالخمر^(٥) ، والخنزير ، وصيد الحرم ،

(١) « والخنزير » من ح .

(٢) « بالبيع » ليست في ب .

(٣) في ح : « لا ينعقد بل يمتنع » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « المحرم » .

(٥) في ح : « الخمر » .

والإحرام^(١) : فإن البيع ينعقد بقيمة المبيع ، ويفيد^(٢) الملك فى المبيع ،
بالقبض ، لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضها البيع ، فينعقد
بيعا ، بقيمة المبيع .

وكذلك إذا جمعا^(٣) الثمن مدبرا ، أو مكاتبا ، أو أم ولد ، لأنه
مرغوب فيه .

وإذا جمعا الميتة والدم^(٤) : فقد^(٥) اختلف المشايخ .
وكذلك لو باعه بما رعى < به > إبله فى أرضه من السكلا^(٦) ، أو
بما يشرب دابته من ماء بئر^(٧) ، لأنه ذكر شيئا مرغوبا فيه .
وكذلك إذا كان الفساد بإدخال شرط فاسد ، أو باعتبار الجهالة ،
ونحو ذلك .

وإن ذكر المبيع والثمن ، فهو على هذا : يفيد الملك ، بالقيمة ، عند القبض .
وهذا كله عندنا .

وعند الشافعى : البيع فاسد ، لا يفيد الملك أصلا - والمسألة معروفة .
وعلى هذا : لو قال « بت منك هذا العبد » ولم يذكر الثمن ، ينعقد
البيع بالقيمة . ولو قال « بت منك هذا العبد بقيمة » فكذلك .

(١) فى الأصل : « والإحرام حرام » ويظهر أن « حرام » هذه هى الجزء الأخير من كلمة
« الإحرام » كرده الناسخ . و « الإحرام » ليست فى ب .

(٢) فى ح : « ويفيد » .

(٣) فى ح : « جعل » .

(٤) فى ح : « نهر » .

ثم في البيع الفاسد ، إنما يملك بالقبض إذا كان بإذن البائع . فأما إذا كان بغير إذنه فهو كما لو^(١) لم يقبض - هذا هو المشهور من الروايات عن أصحابنا .

وذكر محمد في الزيادات : إذا قبضه^(٢) بحضرة البائع ، فلم ينفه وسكت : إنه يكون قبضا ، ويصير مأكلا له ، ولم يحك خلافا .

وقد قال أصحابنا فيمن وهب هبة : والقياس^(٣) أن لا^(٤) يملكها الموهوب له حتى يقبضها^(٥) بإذن الواهب أو < بتسليمها >^(٦) إليه . إلا أنهم استحسنوا وقالوا : إذا قبضها في مجلس العقد ، بحضرة الواهب ، ولم ينفه ، وسكت : جازت ، ويفيد الملك . وإذا قبض ، بعد الافتراق عن المجلس ، بحضرة : لا يصح القبض ، وإن سكت - لأن الملك من^(٧) الموهوب إنما يقع بالعقد والقبض^(٨) فيكون الاقدام على إيجاب الهبة إذنا بالقبض ، كما يكون إذنا بالقبول ، وبعد الافتراق عن المجلس لا يكون إذنا بالقبول . وكذلك^(٩) لا يكون إذنا بالقبض - فعلى هذا ، يجب أن يكون في

(١) « او » من ب .

(٢) الهاء من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « فالقياس » . ولعل الاوضح أن يقال : « القياس » .

(٤) « لا » ليست في ب .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « يقبضه » .

(٦) في الأصل : « تسليمه » . وفي ب : « بتسليمه » . وفي ح : « سلمها » .

(٧) في ح : « في » .

(٨) « والقبض » ليست في ح .

(٩) في ب : « فكذا » . وفي ح : « هذا » .

البيع الفاسد : فى مجلس العقد يكون إذنا بالقبض ، وبعد الافتراق : لا يكون إذنا .

. . .

ثم المشتري شراء فاسدا هل يملك التصرف فى المشتري ، وهل يكره ذلك ؟ فنقول :

لا شك أنه قبل القبض لا^(١) يملك تصرفا ما لعدم الملك .

فأما بعد القبض : <ف> يملك التصرفات^(٢) المزية للملك^(٣) من كل وجه أو من وجه ، نحو الإعتاق ، والبيع ، والهبة والتسليم ، والتدبير ، والاستيلاء ، والكتابة ، لأن هذه التصرفات ، تزيد حق الانتفاع بالحرام^(٤) .

ولكن هل يباح له التصرفات التى فيها انتفاع بالمبيع مع قيام الملك ؟
اختلف المشايخ :

قال بعضهم : لا يباح الانتفاع به - حتى لا يباح^(٥) له الوطء إن كانت جارية^(٦) ، ولا الاكل إن كان طعاما ، ولا الانتفاع به إن كان دارا أو دابة أو ثوبا .

(١) « لا » من ب و ح .

(٢) « له » من ب و ح .

(٣) « الملك » أبت فى ح .

(٤) فى ب : « الانتفاع بالحرية » . وفى ح : « بالحق له »

(٥) « لا يباح » ليست فى ح .

(٦) « لن كانت جارية » ليست فى ح .

وبعض مشايخنا قالوا : لا يباح له الوطء لا غير ، <و> يباح^(١) له^(٢) سائر أنواع الانتفاعات .

فالأولون قالوا : إن هذا ملك خيـث ، فلا يظهر الملك في حق حل الوطء والانتفاع^(٣) احتياطاً . والآخرون قالوا : إن المالك سلطه على التصرف ، وأباح له التصرف : فكل^(٤) تصرف يباح بالأذن يباح بهذا البيع ، والوطء لا^(٥) يباح بإذن المالك فلا^(٦) يباح بالتسليط ، بخلاف سائر الانتفاعات .

. . .

وأما الكراهة - <فنقول> :

ذكر الكرخي وقال : يكره التصرفات كلها ، لأنه يجب^(٧) عليه الفسخ لحق^(٨) الشرع ، وفي هذه التصرفات ، إبطال حق الفسخ ، أو تأخير فـيكره^(٩) .

وقال بعض مشايخنا : لا يكره التصرفات المزيلة للملك ، لأنه يزول الفساد بسببها^(١٠) .

(١) في الأصل و - : « فأما يباح » . وفي ب : « فأما ما يباح »

(٢) « له » من ب و ح .

(٣) « والانتفاع » ليست في ح

(٤) في ب و ح : « وكل » .

(٥) و(٦) في ح : « ولا » .

(٧) في ب و ح : « كلها ويجب » .

(٨) في ح : « بحق » .

(٩) الفاء من ب و ح .

(١٠) « بسببها » ليست في ح .

فأما التصرفات التي ^(١)توجب تقرير ^(٢)الملك الفاسد ، فإنه يكره .
والصحيح هو الأول .

ثم المشتري شراء فاسدا إذا تصرف في المشتري بعض القبض :
فإن كان تصرفا مزيلا للملك من كل وجه ، كالإعتاق والبيع والهبة -
فإنه يجوز ، ولا يفسخ ، لأن الفساد قد زال بزوال الملك ^(٣) .
وإن ^(٤) كان تصرفا مزيلا للملك من وجه أو لا يكون مزيلا
للملك : < ف > إن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالتهدير ، والاستيلاء ،
والكتابة ، فإنه يبطل حق الفسخ .

وإن كان يحتمل الفسخ ^(٥) : إن كان يفسخ بالعدر ، كالأجارة ، فإنه
يفسخ الأجارة ، ثم يفسخ البيع ، بسبب الفساد ، ويجعل حق الفسخ بسبب
الفساد ^(٦) عذرا في ^(٧)فسخ الأجارة .

ولو زوجها من إنسان ، بعد القبض ، فإن النكاح لا يمنع الفسخ ،
والنكاح بحاله ، لأنه زوجها وهي ^(٨)مملوكة له ، فصح نكاحها ، والنكاح
مما ^(٩)لا يحتمل الفسخ ، فبقى النكاح .

(١) هكذا في أ و ب . وفي الأصل : « الذي » .

(٢) في ب : « تقرر » . وفي ح كذا : « بطريق » .

(٣) وزاد في ح هنا : « وإن كان الملك » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فإن » .

(٥) « الفسخ » من ب .

(٦) « ويجعل حق الفسخ بسبب الفساد » ليست في ب .

(٧) في ح : « في حق فسخ » . وفي ب : « عذرا فسخ » .

(٨) « هي » من ب . وفي ح : « وهو » . وفي الأصل : « وبقى » .

(٩) « مما » من ب .

ولو أوصى بالعبد المبيع يعبأ فاسداً ، فإنه يفسخ^(١) ، لأن الوصية مما
يحتمل الرجوع .

ولو مات الموصى قبل الفسخ ، سقط الفسخ ، لأن الملك انتقل إلى^(٢)
الموصى له ، فصار كالمبيع .

ولو مات المشتري شراء فاسداً ، فورثه الورثة . فللبائع حق الفسخ ،
وكذا للورثة^(٣) ، لأن الوارث يقوم مقام الميت^(٤) في حق الفسخ ،
ولهذا يرد بالعيب ، ويرد عليه^(٥) ، بخلاف الموصى له .

. . .

ولو حصل في^(٦) المبيع ، يعبأ فاسداً ، زيادة منفصلة^(٧) ، كالولد ،
والشعر ، واللبن ، أو الأرض بسبب تفويت بعضه ، فإنه لا يمنع الفسخ ،
بل للبائع أن يأخذ المبيع مع الزوائد ويفسخ البيع ، لأن قبض المشتري
شراء فاسداً بمنزلة قبض العصب .

ثم إذا^(٨) أخذ الولد فإن^(٩) كانت الولادة نقصت الجارية ، نظر في

(١) في ب : « يفسخ » .

(٢) « إلى » ليست في ح .

(٣) في ب و ح : « الورثة » .

(٤) في ب و ح : « المورث » .

(٥) « ويرد عليه » ليست في ب .

(٦) في ب : « من » .

(٧) « منفصلة » من ب و ح . وفي الأصل : « متصلة » وهو خطأ .

(٨) « إذا » ليست في ح .

(٩) الغاء من ح .

قيمة الولد : فإن كان فيه وفاء بالنقصان : فلا شيء على المشتري . وإن لم يكن فيه وفاء : غرم تمام النقصان .

وإن وطىء المشتري المبيعة ييما فاسدا فهذا على وجهين :

إن لم يعلقها : فللبائع أن يسترد الجارية ، ويضمن المشتري عقرها للبائع ، باتفاق الروايات ، بخلاف الجارية الموهوبة إذا وطئها الموهوب له ثم رجع الواهب : فإنه لا يضمن للواهب عقرها ، لأنه ^(١) وطىء ملك نفسه ^(٢) ، ملكا مطلقا ، في حق حل ^(٣) الوطء وغيره ، وبالرجوع لم يظهر أن الملك لم يكن - أما في البيع الفاسد : < ف > لم يظهر الملك في حق حل ^(٤) الوطء ، لكن ^(٥) لم يحد للشبهة ^(٦) ، فيجب العقر .

وإن أعلقها ^(٧) وادعى الولد : يثبت نسب الولد منه ، وتصير الجارية أم ولد له ، وللبائع أن يضمن المشتري قيمة الجارية ويبطل حقه في الجارية . وإذا وجبت القيمة هل يجب العقر ؟ .

ذكر في كتاب البيوع وقال : لا عقر عليه .

وذكر في كتاب الشرب وقال : عليه العقر ^(٨) .

(١) « لأنه » من ب و ح .

(٢) « ملك نفسه » ليست في ب .

(٣) « حل » ليست في ب . وفي ح : « محل » .

(٤) في ح : « محل » .

(٥) « لكن » ليست في ح .

(٦) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « الشبهة » .

(٧) « أعلقها » من ب و ح . وفي الأصل : « أعتقها » .

(٨) « العقر » من ب و ح .

ولو أحدث المشتري فى المبيع ، يبعأ فاسدا ، صنعا ^(١) ، لو ^(٢) فعله
الغاصب فى المفعوب يصير ملكا له بالقيمة - كما إذا طحن الخطة أو
خاط الثوب قيصا ونحو ذلك - ينقطع حق البائع فى الفسخ ^(٣) ، ويلزمه
قيمه يوم القبض كما فى الغصب .

وكذلك لو كان المبيع ساجة ^(٤) فأدخلها ^(٥) فى بناءه .

وإن كان المبيع أرضا ، فبني فيها المشتري ، فليس للبائع أن ينقض البيع
عند أبى حنيفة رضى الله عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للبائع أن ينقض ، كما فى الغصب ،
فإن الغاصب إذا بنى على الأرض المفعوبة لا ينقطع حق المالك - فكذا هذا .
وأبو حنيفة يقول : إن المبيع صار ملكا له ، وفى النقص ضرر كثير ،
فلا ينقض ، بخلاف الغاصب ^(٦) .

(١) فى ح : « غصبا » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « أو » . وفى ح : « ... يبعأ فاسدا غصبا أو فعله الغاصب » .

(٣) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « فى حق الفسخ » .

(٤) الساج شجر عظيم صب الحشب . الواحدة ساجة (المنجد) .

(٥) فى ح : « وأدخلها » .

(٦) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

خيار الشرط

الكلام فى خيار الشرط فى مواضع :
أحدها - فى بيان شرط^(١) الخيار المفسد ، والذي ليس بمفسد ،
والثانى - فى بيان مقدار مدة الخيار ،
والثالث - فى بيان ما يسقط الخيار ،
والرابع - فى بيان عمل^(٢) الخيار وحكمه ،
والخامس - فى بيان كيفية الفسخ والاجازة .

أما الأول - فنقول :

إن الخيار المفسد ثلاثة أنواع : بأن^(٣) ذكر الخيار مؤبدا بأن قال
« بعت ، أو اشتريت ، على أنى بالخيار أبدا » ؛ أو ذكر الخيار مطلقا ولم
يبين وقتا أصلا ، بأن قال « على أنى بالخيار » ؛ أو ذكر وقتا مجهولا ، بأن
قال « على أنى بالخيار أياما » و^(٤) لم يبين وقتا معلوما ،
والجواب فى هذه الفصول الثلاثة أن البيع فاسد .
وأما الخيار المشروع فنوع واحد : وهو أن يذكر وقتا معلوما ، ولم يجاوز

(١) فى الأصل : « الشرط » .

(٢) فى ح : « محل » . والعبارة مكررة فى ب .

(٣) فى ب وح : « فلان » .

(٤) فى ب : « أو » .

عن الثلاثة ، « بأن قال » على أني بالخيار يوما أو يومين^(١) أو ثلاثة أيام .
وهذا قول عامة العلماء ، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري .
وقال سفيان الثوري^(٢) وابن شبرمة^(٣) : إن كان الخيار للمشتري
يجوز ، وإلا فلا .

وأصل هذا أن اشتراط الخيار ، كيفما كان ، شرط ينافي موجب العقد ،
وهو ثبوت الملك عند العقد - وإنما عرفنا جوازه بحديث حبان بن منقذ^(٤) ،
بخلاف القياس ، والحديث ورد بالخيار في مدة معلومة ، وهي ثلاثة أيام ،
فبقى ما وراء ذلك على أصل القياس ، إلا إذا كان ذلك في معناه .

وأما إذا شرط الخيار أربعة أيام أو شهرا : < ف > قال أبو حنيفة وزفر رحمهما
الله بأن البيع فاسد ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله بأنه جائز .
والصحيح ما قاله أبو حنيفة ، لما قلنا إنه شرط مخالف لمقتضى العقد ، والشرع
ورد في ثلاثة أيام . فبقى ما زاد عليه < يا >^(٥) على أصل القياس .

وأما بيان ما بسط الخيار - فنقول :

إن الخيار بعد ثبوته يسقط بعان ثلاثة : إما بالانسقاط صريحا ،

(١) « أو يومين » ليست في ح .

(٢) تقدم في ص ١٤٩ هامش ٥ من الجزء الأول .

(٣) تقدم في ص ٧٤ هامش ٦ من هذا الجزء .

(٤) صحابي مشهور شهد أحدا وما بعدها وتوفي في خلافة عثمان (النووي) .

والحديث هو ما روي أن حبان بن منقذ كان يبيع في التجارات فشكا أهله إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال له : « إذا يابست فقل : لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام » الكاساني ،
٥ : ١٧٤ ، ١٦ . والخلافة هي الخديعة - أي لا تنازعي خديعتك ، ولي الخيار .

(٥) « عليه » ليست في ب .

أو بالإسقاط بطريق الدلالة، أو بطريق الضرورة^(١).

أما بالإسقاط صريحا <ف> بأن يقول «أسقطت الخيار» أو «أبطلته»^(٢)، أو «أجزت البيع» أو «رضيت به». فيبطل الخيار، لأن الخيار^(٣) شرع للفسخ، فإذا سقط يبطل^(٤) الخيار، والأصل هو لزوم العقد ونفاذه، فإذا بطل عاد الأصل.

وكذلك إذا قال «فسخت العقد» أو «نقضته» أو^(٥) «أبطلته» يسقط الخيار، لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة، فأيهما وجد سقط.

وأما الإسقاط^(٦) بطريق الدلالة <ف> هو^(٧) أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدل على إبقاء الملك وإثباته، فالإقدام عليه يبطل خياره تحقيقا لفرضه.

إذا ثبت هذا فنقول:

إذا كان الخيار للمشتري، والمبيع في يده، فعرضه على البيع، يبطل خياره، لأن عرض المشتري المبيع على البيع^(٨)، لاختياره الثمن، ولا

(١) «إما بالإسقاط... الضرورة» من ب و ح.

(٢) الهاء من ب.

(٣) «لأن الخيار» ساقطة من ح.

(٤) «يبطل» ساقطة من ح. وفي ب: «بطل».

(٥) كذا في ب و ح. وفي الأصل: «و».

(٦) «يسقط الخيار لأن الخيار... وأما الإسقاط» ساقطة من ب.

(٧) في الأصل وب و ح: «وهو».

(٨) «على البيع» ليست في ب و ح.

يصير الثمن ملكاً له إلا بعد ثبوت الملك في المبدل ، فيصير مختاراً للملك ، ولا يكون ذلك إلا بإبطال الخيار ، فيبطل بطريق الدلالة .

وأما الخيار إذا كان للبائع فمعرضه على البيع : < ف > لم يذكر في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة روايتان .

والأصح أنه يكون إسقاطاً لخياره ، لأنه دليل إبقاء الملك ، لأنه لا يصل إلى الثمن من غيره إلا بالتملك منه ، وذلك لا يكون إلا بإسقاط الخيار وفسخ العقد الأول .

ولو أن المشتري إذا كان له الخيار في عبد فباعه ، أو أعتقه ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو رهنه ، أو وهبه - سلم أو لم يسلم ^(١) ، أو آجره ^(٢) ، فإن هذا كله منه ^(٣) اختياراً لا إجازة ، لأن نفاذ هذه التصرفات مختصة بالملك ، فيكون الإقدام عليها دليل قصد إبقاء ^(٤) الملك ، وذلك بالإجازة .

ولو وجدت هذه التصرفات من البائع الذي له الخيار ، يسقط خياره أيضاً ، لأنه لا يصح هذه التصرفات إلا بعد تقضى التصرف الأول ، إلا أن في الهبة والرهن لا يسقط الخيار إلا بعد التسليم ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري ، ووجد منه الرهن والهبة بلا تسليم ، لأن الهبة والرهن بلا تسليم لا يكون دون المرض على البيع ، وذلك يسقط خيار المشتري دون البائع في

(١) في ح : « وسلمه أو لم يسلمه » .

(٢) الماء من ب .

(٣) « منه » ليست في ح .

(٤) « إبقاء » ليست في ب و ح .

رواية^(١) ، فكذلك هذا .

وأما الإجارة : < ف > ذكر في اليوع : الأصل^(٢) أنه يكون اختياراً من البائع والمشتري من غير شرط القبض .
وذكر في بعض الروايات ، وشرط قبض المستأجر .
والأصح أنه لا يشترط ، لأن الإجارة عقد لازم ، بخلاف الهبة ، والرهن ، قبل القبض : فإنه غير لازم .

ولو كان المبيع جارية فوطئها البائع أو المشتري إذا كان له الخيار : يسقط الخيار : أما في البائع < فلائنه > وإن^(٣) كان الملك قائماً للحال ولكن لو لم يسقط الخيار بالوطء فإذا أجازتين أنه وطئ جارية الغير^(٤) من وجه ، لأنه يثبت الملك للمشتري بطريق الإسناد . وأما في المشتري < ف > لهذا المعنى أيضاً^(٥) ، ولمعنى آخر عند أبي حنيفة خاصة ، لأن الجارية المبيعة لا تدخل في ملك المشتري إذا كان الخيار له ، والوطء لا يحل بدون الملك ، فالإقدام على الوطاء دليل اختيار الملك .

ولو لمسها المشتري لشهوة ، وله الخيار - سقط ، لائنه لا يحل بدون الملك .

وإن لمس لا عن شهوة ، لا يسقط ، لائنه يحتاج إلى ذلك في الجملة ،

(١) « في رواية » ليست في ب . راجع ما تقدم من ٩٤ - ٩٥ .

(٢) في ح : « ذكر في يوع الأصل » .

(٣) في ب : « فإن » .

(٤) « الغير » ليست في ح .

(٥) « أيضاً » ليست في ب .

للاختبار^(١) ، لتعرف لينها وخشوتها .

ولو نظر إلى فرجها لشهوة^(٢) : سقط ، لما قلنا .

ولو نظر بغير^(٣) شهوة : لا يسقط ، لأن النظر إلى الفرج لا عن شهوة قد يباح عند الحاجة والضرورة ، كما في حق القابلة والطبيب . والمشتري حاجة في الجملة .

ولو نظر إلى سائر أعضائها عن شهوة : لا يسقط ، لأنه يحتاج إليه ، للامتحان ، في الجملة .

وكذلك الجواب في حق البائع : في اللبس عن شهوة ، والنظر إلى فرجها عن شهوة . فأما النظر إلى فرجها لا عن شهوة ، أو النظر إلى سائر أعضائها عن شهوة ، أو لمس سائر أعضائها^(٤) لا^(٥) عن شهوة : فإنه < يجب أن يسقط به الخيار - بخلاف المشتري ، لأن ثم في^(٦) الجملة ، له^(٧) حاجة إلى ذلك ، ولا حاجة في حق البائع ، وهذه التصرفات حرام من غير ملك . ولو نظرت الجارية المشتراة إلى فرج المشتري لشهوة ، أو لمسته :

(١) في الأصل و ح : « للاختبار » . وفي ب : « الاختبار ليعرف » - أنظر فيما بعد قوله : « يحتاج إليه الامتحان » .

(٢) في ح : « بشهوة » .

(٣) في ب : « لتبر » .

(٤) في ج : « الأعضاء » . وفي ب : « لمس شيئا من الأعضاء » .

(٥) « لا » ليست في ح .

(٦) « في » من ب و ح .

(٧) « له » من ب .

< ف > إن^(١) فعلت ذلك بتمكين المشتري، بأن علم المشتري ذلك منها فتركها حتى فعلت : يسقط خياره .

فأما إذا اختلست^(٢) اختلاسا ، فلمست^(٣) ، من غير تمكين المشتري بذلك : < ف > قال أبو يوسف : يسقط خياره ، وقال محمد : لا يسقط . وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف - ذكره بشر بن الوليد^(٤) : أنه يثبت الرجعة^(٥) بها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يثبت في قول محمد . وأجمعوا أنها لو أدخلت فرج الرجل في^(٦) فرجها ، والزوج نائم : < ف > إنه يسقط الخيار ، وتثبت الرجعة .

والصحيح قولهما ، لأن الخيار لو لم يسقط ربحا يفسخ الشراء^(٧) ، فيتين^(٨) أن اللبس وجد من^(٩) غير ملك ، ومس العودة ، بلا^(١٠) ملك ،

(١) في ح : « وإن » .

(٢) في ب : « اختلسته » .

(٣) « فلمست » ليست في ح .

(٤) في ب : « وذكر بشر بن الوليد » . وهو بشر بن الوليد بن خالد الكندي نسبة إلى كندة (بكسر الكاف) وهى قبيلة مشهورة باليمن . وهو أحد أصحاب أبي يوسف . وقد روى عنه كتبه وأماله . وسمع من مالك بن أنس . وقال عنه الدارقطني إنه ثقة . وكان متحاملا على محمد بن الحسن . وولى القضاء ببغداد في زمان المتصم بالله . ومات سنة ٢٣٨ هـ . (الكنى : ٥٤ - ٥٥) .

(٥) في ب : « في الرجعة » .

(٦) « في » من ح .

(٧) « الشراء » من ح .

(٨) القاء من ح .

(٩) في ب : « يفسخ الشراء واللبس وجد في » . وفي ح : « يفسخ من الشراء فيتين أن اللبس وجد من » .

(١٠) « بلا » ساقطة من ح .

حرام ، فيسقط ، صيانته عن مباشرة الحرام - وكذلك في الرجعة ، لهذا المعنى .
وأما الاستخدام منها^(١) : < ف > لا يجعل اختيارا^(٢) ، لأنه تصرف
لا يختص بالملك ، فإنه يباح بإذن المالك .

ثم إنما يعرف الشهوة من غير الشهوة بإقرار < الواطى >^(٣)
والمتصرف ، وفي الجارية المختلصة بإقرار المشتري .

وأما الأجنبي إذا وطئ^(٤) الجارية المبيعة : < ف > إن كانت في يد
المشتري ، والخيार له ، سقط الخيार ، لأنه : إن كان عن شبهة يجب العقر ، وإنه
زيادة منفصلة حدثت بعد القبض ، فتمنع الرد . وإن كان زنا ، فهو عيب
في الجوارى ، وحدوث العيب في يد المشتري يسقط^(٥) خياره - فكذلك
إذا ولدت الجارية في يد^(٦) المشتري ، يسقط خياره . لأنه : لو كان الولد حيا
وفيه وفاة ، بنقصان الولادة فينجبر ، لكن الولد زيادة منفصلة ، فيمنع الفسخ
ويسقط الخيार . وإن مات الولد ، فالنقصان قائم لم ينجبر^(٧) ، وحدوث النقصان
عند المشتري يمنع الرد .

وإن كان في يد^(٨) البائع ، والخيार له ، لا يسقط الخيार في وطء الأجنبي ،

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « منها » .

(٢) أى اختيارا الإجازة - راجع ص ٩٥ . وفي ب : « اختارا » .

(٣) في الأصل كذا : « الوطى » . وفي ب : « الناظر » . وفي ح : « النظر » .

(٤) « وطئ » من ب .

(٥) الياء من ب و ح .

(٦) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « في يدي » .

(٧) في ب : « والنقصان قائم لم ينجبر » . وفي ح : « والنقصان قائم ينجبر » .

(٨) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « في يدي » .

لأن الزنا لا يوجب نقصاً^(١) في عين الجارية ، ولكن المشتري حق الرد بسبب العيب . وإن كان الوطء عن شبهة - والعقر زيادة منفصلة ، قبل القبض - فلا^(٢) يمنع الفسخ . وفي فصل الولد: إن كان حياً يجبر النقصان ، وإنه زيادة قبل القبض ، فلا يمنع الفسخ ، لكن ثبت الخيار للمشتري ، بسبب العيب . لأن صورة النقصان قائمة ، وإن أنجب معنى . وإن مات الولد فالنقصان قائم ، ولكن لم يفت شيء من المعقود عليه - حتى يفسخ العقد فيه^(٣) . فتتفرق الصقة على المشتري ، فيسقط الخيار^(٤) - ولكن للمشتري حق الفسخ ، بسبب العيب ، وهو نقصان الولادة .

وكذلك المشتري: لو أَسْكَنَ الدار المبيعة رجلاً ، بأجر أو بغير أجر ، أو رَمَ^(٥) شيئاً منها ، بالتطيين والتجصيص ، أو أحدث فيها بناءً^(٦) ، أو هدم شيئاً منها : فإنه يسقط الخيار ، لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك . ولو سقط حائط منها . بغير^(٧) صنع أحد : يسقط الخيار ، لأنه نقص في المعقود عليه .

ولو كان المبيع أرضاً فيها زروع وغار ، قد دخلت تحت البيع بالشرط ،

(١) في ح : « نقصاناً » .

(٢) في ح : « ولا » .

(٣) أى فيما فات .

(٤) أى فيما فات ، لأنه ماخ العقد فيه ، لأن نقصان المبيع في يد البائع لا يسقط خياره .

(٥) رم البناء أصله (المنرب) .

(٦) في ح : « فيه بيتاً » .

(٧) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « يبنى » . وفي ب و ح : « بغير منع أحد » .

فسقاه ، أو حصده ^(١) . أو قصل ^(٢) منه شيئاً للدوابه ، أو جد ^(٣) شيئاً من الثمار - فهذا إجازة منه . لما ذكرنا .

ولو ركب المشتري الدابة ليسقيها ، أو أيردها على البائع - فالقياس أن يكون إجازة . لما ذكرنا . وفي الاستحسان : لا يسقط الخيار ، لأن الدابة قد لا يمكن تسييرها إلا بالركوب .

ولو ركبها لينظر ^(٤) إلى سيرها وقوتها : فهو على الخيار . وكذا لو لبس الثوب لينظر إلى طوله وعرضه ، لأنه يحتاج إليه للامتحان : ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو ^(٥) ، أو ركبها لمعرفة سير آخر ^(٦) ، بأن ركب مرة لمعرفة أنها هملاج ^(٧) ، ثم ركب ثانياً لمعرفة العدو : لا يسقط خياره ، لأنه يحتاج إليه أيضاً .

(١) « أو حصده » است في ب .

(٢) قصل قطع . ومنه التفصيل ، وهو الشعر يميز أخضر لالف الدواب ، والعقاه يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلاً ، وهو مجاز (المغرب) .

(٣) جد قطع ومنه جد النخل صرمة أي قطع نمره جداداً (المغرب) . وكذا جد (المصباح) . وفي ب : « جز » . وفي ح : « جد » .

(٤) في ب : « فنظر » .

(٥) « لمعرفة العدو » من ب .

(٦) في ح : « ولو ركبها لينظر مرة أخرى أو ركبها لمعرفة سير آخر » . وفي ب « ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو ولو ركبها مرة أخرى لأن ركبها لمعرفة شيء آخر » ويظهر أنه في ب وقع خطأ من الناسخ في أول العبارة بمراده « ولو ركبها مرة أخرى لمعرفة العدو » إذ هذه تكرار وفيه خطأ لا سيأتي بحث إذا حذف هذه الجملة كان المعنى أوضح إذ نصير العبارة : « ولو ركبها مرة أخرى : لأن ركبها لمعرفة شيء آخر بأن ركبها مرة لمعرفة أنه هملاج ثم ركب أخرى لمعرفة العدو لا يسقط خياره . . . وإن ركبها لمعرفة البير الأول . . . » .

(٧) متى الهملاج متى سهل (المغرب) .

وإن ركبها لمعرفة السير الأول مرة أخرى : ذكر في ظاهر الروايات أنه يسقط الخيار .

وفي الثوب إذا لبس ثانيا ، لمعرفة الطول والعرض : يسقط الخيار .
وفي استخدام الرقيق : إذا استخدم مرة ، ثم استخدم ثانيا لنوع آخر : لا يسقط الخيار .

وبعض مشايخنا قالوا في الاستخدام ، والركوب : لا يبطل الخيار بالمرّة الثانية ، وإن كان من نوع واحد ، لأن الاختيار لا يحصل بالفعل مرة ، لاحتمال أن ذلك وقع اتفاقا ، وإنما الحاجة إلى معرفة ذلك عادة لها ، وذلك لا يحصل إلا بالمرّة الثانية ، لأن العادة ^(١) مشتقة من العود ، بخلاف الثوب : فإن الغرض يحصل بالمرّة الواحدة .

وأما سقوط الخيار بطريق الضرورة فأنواع :
منها - إذا مضت المدة ، لأن الخيار موقت بها ، فينتهي الخيار ضرورة ، فيبقى ^(٢) العقد بلا خيار ، فيلزم العقد .

ومنها - إذا مات المشرط له الخيار - فإنه يسقط الخيار ، ولا يورث ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما .

وقال الشافعي : يورث ، ويقوم الوارث مقامه .
وأجمعوا أن خيار العيب ، وخيار التعيين ، يورث ^(٣) .

(١) « العادة » من ب و ح .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فبقى » .

(٣) « وخيار التعيين يورث » ليست في ب ، وإنما كررت فيها عبارة : « أو للمشتري أو لهما ، وقال الشافعي : يورث » السابقة .

وأجمعوا أن خيار القبول : لا يورث .

وكذلك خيار الإجازة في بيع الفضولي : لا يورث .

وأما خيار الرؤية < ف > هل ^(١) يورث ؟ لم يذكر في البيوع .
وذكر في كتاب الحيل أنه لا ^(٢) يورث - وكذا روى ابن سماعه ^(٣)
عن محمد .

وأجمعوا أن الأجل لا يورث .

ولقب المسألة أن خيار الشرط هل يورث أم لا ؟ والمسألة معروفة .
وإذا لم يورث الخيار عندنا - يسقط ضرورة ، فبصير العقد لازماً ،
لأنه ^(٤) وقع العجز عن الفسخ ، فيلزم ضرورة .

وكذا الجواب فيما هو في معنى الموت ، بأن ذهب عقل صاحب الخيار ،
بالجنون أو بالإغماء ^(٥) ، في مدة الخيار ، ومضت المدة ، وهو كذلك .
صار العقد لازماً ، لأنه عجز عن الفسخ . فلا فائدة في بقاء الخيار . فإذا
أُفِّق في ^(٦) مدة الخيار ، كان على خياره ، لا إمكان الفسخ والإجازة .
وكذا لو بقي نائماً في آخر مدة الخيار ، حتى مضت : سقط الخيار ^(٧) .

(١) في ب كذا : « فلا » .

(٢) في ب : « أنه يورث » . وفي الكاساني (٩ : ٢٦٨ : ٥) مثل ما في المتن .

(٣) انظر ترجمته في الهامش ٢ ص ٢٠ من المقدمة في الجزء الأول . وفي الهامش ٥ ص

١٢٠ — ١٢١ من هذا الجزء .

(٤) « لأنه » من ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

(٥) الباء من ب .

(٦) « في » من ب و ح .

(٧) « الخيار » من ب و ح .

ولو سكو بحيث لا يعلم حتى مضت مدة الخيار: لم يذكر في الكتاب .
وقالوا : الصحيح أنه يسقط الخيار، لما ^(١) قلنا .

ولو ارتد من له الخيار في مدة الخيار: إن مات أو قُتل على الردة: صار ^(٢)
البيع لازماً .

وكذلك إن لحق بدار الحرب ، وقضى القاضي بلحاقه ، لأن الردة
بمنزلة الموت ، بعد الالتحاق بدار الحرب .

وإن أسلم في مدة الخيار : كان على خياره ، وجعل العارض كأن
لم يكن .

هذا إذا مات أو قتل على الردة ، أو أسلم قبل أن يتصرف بحكم الخيار ،
فسخاً أو إجازة .

فأما إذا تصرف في مدة الخيار بعد الردة : < ف > إن أجاز جازت
إجازته ^(٣) ، ولا يتوقف ، بالاتفاق . ولو فسخ: فعند ^(٤) أبي حنيفة: يتوقف:
< ف > إن أسلم ^(٥) : نفذ . وإن مات أو قتل على الردة : بطل الفسخ ، على
ما يعرف في مسائل السير: أن تصرفات المرتد موقوفة ^(٦) عنده ، خلافاً لهما .
وعلى هذا : إذا هلكت السلعة ^(٧) المباعة ، في مدة الخيار ، فلا يخلو :

(١) « الخيار لما » ليست في ح .

(٢) في ب : « كان » .

(٣) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « أجاز جاز ولا يتوقف ... » .

(٤) « فعند » من ب و ح .

(٥) « فإن أسلم » ليست في ح . وفي ب : « وإن أسلم » .

(٦) التاء من ب و ح .

(٧) « السلعة » من ب و ح .

إما أن تهلك في يد البائع، أو في يد^(١) المشتري؛ والخيار للبائع، أو للمشتري.
فإن هلك في يد البائع : فإنه يسقط الخيار، سواء كان الخيار للبائع
أو للمشتري، لأنه^(٢) ينفسخ العقد، لأنه هلك لا إلى خالف، ولا يمكنه
مطالبة <المشتري> بالثمن^(٣). بدون تسليم المبيع، وقد عجز عن التسليم،
فلا فائدة في بقاءه، فينفسخ، فيبطل الخيار ضرورة.

وإن هلك في يد المشتري : فإن كان الخيار للبائع، تهلك بالقيمة،
و < ي > سقط الخيار في قول عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى : تهلك أمانة.

والصحيح قول العامة، لأن القبض بسبب هذا^(٤) العقد، لا يكون
دون القبض على سوم الشراء، وذلك مضمون بالقيمة - فهذا أولى.
وإن كان الخيار للمشتري : فإنه يهلك عليه، بالثمن^(٥)، عندنا.
وعند الشافعي : يهلك عليه^(٦) بالقيمة.

والصحيح قولنا، لأن المبيع يصير معيأ، قبل الهلاك، متصلاً به^(٧).

(١) في الأصل : « في يدي » .

(٢) في ب : « فإنه » .

(٣) الباء من ب و ح . وفي ب : « مطالبتة بالثمن » .

(٤) « هذا » من ب و ح .

(٥) في ب و ح : « الثمن » .

(٦) « عليه » من ب و ح .

(٧) « متصلاً به » لبست في ح .

لأن الموت < يكون > بناء على سبب مؤثر فيه ^(١) عادة ، و السبب المفضى إلى الهلاك يكون عيبا ، وحدوث العيب فى يد المشتري يسقط خياره ، لأنه يعجز عن الرد ^(٢) ، على الوجه الذى أخذه سليما ، كما إذا حدث به عيب ^(٣) حسا ^(٤) .

وأما إذا تعيب المبيع : < فإن > ^(٥) كان الخيار للبائع ، وهو عيب يوجب نقصانا فى عين المبيع ، فإنه يبطل خياره ، سواء كان المبيع فى يده أو فى يد المشتري ، إذا ^(٦) تعيب بأفة سماوية أو بفعل البائع ، لأنه هلك بعضه بلا خلف ^(٧) ، لأنه ^(٨) لا يجب الضمان على البائع ، لأنه ملكه ، فيفسخ البيع فيه . لفواته ، ولا يمكن بقاء العقد ^(٩) . فى القائم ، لما فيه من تفريق للصفة على المشتري ، قبل التمام ^(١٠) .

وأما إذا تعيب بفعل المشتري ، أو بفعل الأجنبي : كان البائع على

(١) هكذا فى ب و ح . وهى فى الأصل غير واضحة . وفى الكسانى (١٩: ٢٧٢: ٥) : « ... لأن الهلاك فى يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة ، لأنه لا يخلو عن سبب موته فى الهلاك عادة . ولأنه يكون عيبا وتيب المبيع فى يد المشتري بمنع الرد ويترتب البيع » .

(٢) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « الرد » .

(٣) فى ب و ح : « كما إذا أحدث به عيب » .

(٤) فى ح : « حديثا » .

(٥) و (٦) فى ب : « أو » .

(٧) هكذا فى ب . وفى الأصل و ح : « بلا خلاف » .

(٨) « لأنه » ليست فى ب .

(٩) « بقاء العقد » ليست فى ح .

(١٠) فى ح : « قبل التسليم » . وهما واحد لأن تمام العقد يكون بالتسليم : انظر الكسانى ،

خياره. لأنه يمكنه إجازة البيع في الفئات والقائم، لأنه فات إلى خلف، مضمون على المشتري والأجنبي، بالقيمة^(١)، لأنها أتلفا ملك الغير، بغير إذنه. فأما إذا كان عبيا لا يوجب نقصانا في عين المبيع، كالوطء من الأجنبي، وولادة الولد، ونحو ذلك: <ف> لا يسقط خياره إذا تعيب، بفعل البائع، حتى لو أراد أن يرد على البائع، بغير رضاه: <ف> ليس له ذلك^(٢)، ولكن المشتري حق الرد، بسبب العيب، لأنه لم^(٣) يفت شيء من المبيع، فيفسخ العقد فيه، فتتفرق الصفقة على المشتري.

وكذا إذا تعيب بفعل المشتري، لأنه مضمون عليه^(٤).

وأما إذا كان الخيار للمشتري، والعبد في يده، يبطل خياره، سواء حصل بأفة سماوية، أو بفعل البائع، أو بفعل المشتري، أو بفعل الأجنبي - حتى لو أراد أن يرد على البائع، بغير رضاه، ليس له ذلك - أما في الآفة السماوية وفعل البائع، فلما ذكرنا في خيار البائع - وأما^(٥) في فعل المشتري والأجنبي، فلا^(٦) فات شرط^(٧) الرد، لأنه لا يمكنه أن يرد جميع

(١) زاد هنا في ح: « وكذلك إذا تعيب بفعل المشتري لأنه مضمون عليه » .

(٢) « بفعل ... ذلك » من ب . وحى في ح . وغير واضحة في الأصل لأن العبارة من أول « خلف لأنه لا يجب الضمان ... » حتى « وكذا إذا تعيب » الآية سد ذلك مكتوبة في الأصل في الهامش . وهذه الجملة التي تقناها عن غير واضحة وإذ كان مكانها آثار كتابه،

(٣) « لم » من ب و ح . راجع ما قلناه في الهامش السابق .

(٤) « لأنه مضمون عليه » ليست في ح .

(٥) « وأما » ليست في ح .

(٦) في ح : « ولا لأنه » . وفي ب : « لأنه »

(٧) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « بشرط » .

ما قبض - كما قبض - سليما ، وفي رد البعض تفريق الصفقة على البائع قبل التمام ، وفي الأجنبي علة أخرى وهي ^(١) أنه أوجب ^(٢) الأثرش ، والأثرش زيادة منفصلة حدثت بعد القبض ، وإنها تمنع الفسخ عندنا ، كسائر ^(٣) أسباب الفسخ - فكذا حكم ^(٤) الخيار .

ثم ^(٥) في خيار البائع إذا تعيب بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي ^(٦) ، وهو في يد المشتري ، لم يسقط ^(٧) الخيار ، وبقي على خياره ، فلا يخلو : إما أن يجوز أو يفسخ ، والعيب حصل بفعل المشتري أو الأجنبي .

فإن أجاز البيع ، وجب على المشتري جميع الثمن ، لأن البيع جاز في الكل ، ولم يكن للمشتري حق الرد والفسخ ^(٨) ، بسبب التغيير ^(٩) الذي حصل في المبيع ، لأنه حدث في يده وفي ضمانه ؛ إلا أن المشتري إن كان هو القاطع ، فلا سبيل له على أحد ، لأنه ضمن بفعل نفسه ، وإن كان القاطع أجنبيا ، فللمشتري أن يبيع ^(١٠) الجاني بالأثرش ، لأنه بالأجازة ملك العبد من وقت البيع ، فحصلت الجناية على ملكه .

(١) هكذا في ب . وفي الأصل و : « وهو » .

(٢) في ح : « وجب » . وفي ب : « واحد » .

(٣) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « سائر » .

(٤) في ب و ح : « بحكم » .

(٥) « ثم » ليست في ب .

(٦) في ب : « البائع » .

(٧) في ب : « ثم سقط » .

(٨) في ب : « ولم يكن للمشتري أن يمتنع من الإجازة » .

(٩) في ح : « التعيب » .

(١٠) في ح : « يبيع » .

وإذا اختار الفسخ: < ف > إن كان القاطع هو المشتري ، فإنه يأخذ الباقي ، ويضمن المشتري نصف قيمة العبد^(١) للبائع ، لأن العبد كان مضمونا على المشتري بالقيمة ، وقد عجز عن رد ما أتلفه بالجناية ، فعليه رد قيمته . وإن كان القاطع أجنبيا ، فالبايع بالخيار : إن شاء اتبع الجاني ، لأن الجناية حصلت على ملكه ، وإن شاء اتبع المشتري لأن الجناية حدثت^(٢) في ضمان المشتري . فإن اختار اتباع الأجنبي فلا^(٣) يرجع على أحد ، لأنه ضمن بفعل نفسه . وإن اختار اتباع المشتري ، فالمشتري يرجع بذلك على الجاني^(٤) . لأن المشتري بأداء الضمان قام^(٥) مقام البائع في حق مالك البدل وإن^(٦) لم يقم مقامه في حق ملك^(٧) نفس القاتل ، كما في غاصب^(٨) المدبر إذا قتل المدبر في يده وضمه < ه >^(٩) المالك ، كان له أن يرجع على القاتل ، وإن لم يملك المدبر ، لما قلنا - كذلك ههنا .

وأما معرفة عمل خيار الشرط وحكمه - فنقول^(١٠) :

قال علماؤنا رحمهم الله : إن البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم .

(١) في ح : « المشتري فيه نصف البد » .

(٢) التاء من ب و ح .

(٣) في ح : « ولا » .

(٤) في ب : « الأجنبي » .

(٥) « قام » من ح . وفي الأصل ب و ب : « قائم » .

(٦) في ب : « لأن » .

(٧) « ملك » ليست في ب .

(٨) في ح : « في غصب » .

(٩) في ب : « فضمن » .

(١٠) « فنقول » من ب و ح . وليس في ب كلمة « عمل » ولا كلمة « وحكمه » .

بل هو موقوف إلى وقت سقوط الخيار ، فينقذ^(١) حينئذ .

وقال الشافعي ، في قول ، مثل قولنا . وفي قول : ينقذ مفيدا للملك ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، بتسليط صاحبه ، كما في خيار الرؤية ، وخيار العيب .

والصحيح قولنا ، لأن^(٢) خيار الشرط ، شرع لدفع الغبن ، لحديث حَبَّان بن مُبَقَّد^(٣) ، وذلك لا يحصل إلا بما ذكرنا^(٤) : فإن المبيع إذا كان قريبه يعتق عليه ، لو ثبت الملك ، فلا يحصل الغرض^(٥) .

. . .

ثم الخيار إذا كان للعاقدين جميعا : لا يكون العقد منقذا ، في حق الحكم ، في حقهما جميعا^(٦) .

وإن كان الخيار لأحد العاقدين : < ف > لا شك أن العقد لا ينقذ في حق الحكم في حق من له الخيار . < و > أما في حق الآخر < ف > هل ينقذ في حق الحكم ، وهو الحكم الذي يثبت بفعله : أعني ثبوت الملك في

(١) « فينقذ » من ب و ح . وفي الاصل : « فيبرف » .

(٢) في ح : « إن » .

(٣) تقدم في ص ٩٣ .

(٤) في ب : « لا يحصل لما ذكرنا » .

(٥) في ح كذا : « الملك له ولا يحصل الغرض في الخيار » . وعبارة السكاساني (٥ : ٢٦٤ :

٣ من أسفل) : « لأن من الجائر أن يكون المشتري قريب المشتري ، فلو ملكه للحال : اعتق عليه ، للحال ، فلا تندفع حاجته » .

(٦) في ح كذا : « في حق حكم الخيار وأما في حكمهما جميعا » .

المبيع بتملك البائع، وثبوت الملك في الثمن بتملك المشتري^(١)؟
قال أبو حنيفة: لا ينعقد.

وقال أبو يوسف ومحمد^(٢): ينعقد - حتى إن الخيار إذا كان للبائع لا يزول المبيع عن ملكه، ولا يدخل في ملك المشتري. وأما الثمن <ف> هل يدخل في ملك البائع؟

فعند أبي حنيفة: لا يدخل، بأن كان الثمن عينا، ولا يستحق عليه الثمن للبائع^(٣) إن كان دينا.

وعندهما: يدخل، وينجب الثمن للبائع.

وإن كان الخيار للمشتري: لا يستحق عليه الثمن، ولا يخرج عن ملكه إذا^(٤) كان عينا، وهل يدخل المبيع في ملك المشتري^(٥)؟

عند أبي حنيفة: يزول عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري. وعندهما: يدخل.

والصحيح قول أبي حنيفة، لأن خيار المشتري يمنع زوال الثمن عن ملكه، وينع من استحقاق الثمن عليه، ولو^(٦) قلنا إنه يملك المبيع كان فيه جمع بين البديل والمبدل، في ملك رجل واحد، في عقد^(٧) المبادلة، وهذا

(١) « وهو الحكم ... المشتري » من ب .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل: « وقالوا » .

(٣) هكذا في ح . وفي الأصل و ب : « البائع » .

(٤) في ح : « ولن » .

(٥) « وهل ... المشتري » ليست في ب .

(٦) واو العطف من ب .

(٧) في ح : « في حق » .

لا يجوز ، بخلاف خيار الرؤية والعيب ؛ لأن هناك لا يمنع زوال الثمن عن ملك المشتري ؛ فجاز أن لا يمنع دخول السلعة في ملكه ^(١) .

وفوائد ^(٢) هذا الأصل تظهر في مسائل كثيرة مذكورة في الكتب - فنذكر بعضها .

منها ^(٣) - إذا اشترى الرجل أباه ، أو ذا رحم محرم منه ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام - لم يعتق ^(٤) عند أبي حنيفة ، لأنه لم يدخل في ملكه . وعندهما : يعتق .

وأجمعوا أنه إذا قال لعبد الغير : « إن ^(٥) اشتريتك فأنت حر » فاشتراه على أنه بالخيار ، ثلاثة أيام ، يعتق عليه ، ويبطل خياره : أما عندهما فلا أنه يدخل في ملكه ، وأما عند أبي حنيفة فلا أن المعلق بالشرط ، كالمنجز ، عند وجود الشرط ، ولو نجز ^(٦) عتقه بعد شرائه ^(٧) بشرط الخيار ^(٨) .

ينفذ عتقه ، ويبطل الخيار ، لاختياره الملك - كذا هذا .

ومنها - إذا اشترى ^(٩) زوجته ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام ^(١٠) لا يبطل

(١) في ح : « في ملك المشتري » .

(٢) « فوائد » من ب و ح .

(٣) في ح : « فيما » .

(٤) زاد هنا في ح : « عليه » .

(٥) في ب : « إذا » .

(٦) في ح : « ولم يجز » . وفي ب : « ولو يجز » .

(٧) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « شراء » .

(٨) زاد في ح هنا : « بل » .

(٩) في ح : « إذا ملك » .

(١٠) « على أنه بالخيار ثلاثة أيام » من ب .

نكاحه عند أبي حنيفة ، لأنها لم تدخل في ملكه ^(١) .
وعندهما : يبطل لأنها دخلت في ملكه .

ولو وطئها الزوج في مدة الحيار ^(٢) ينظر : إن كانت بكرًا يبطل خياره ،
بالإتفاق ، لوجود التعيب ^(٣) . وإن كانت ^(٤) ثيبًا و ^(٥) لم يتقصها الوطء :
لا يبطل خياره عند أبي حنيفة ، لأنه وطئها بملك النكاح ، لا بملك اليمين ،
فلا يصير مختارًا ، ضرورة ، في حل الوطء ^(٦) .
وعندهما : يبطل خياره ، لأنه وطئها بحكم الشراء ^(٧) .

ومنها - أن المبيع إذا كان دارًا : إن كان للبائع فيها خيار : لم يكن
للشفيع الشفعة ، بالإجماع ، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه .
وإن كان الخيار للمشتري : < ت > ثبت الشفعة لا فبيع ^(٨) . بالإجماع :
أما عندهما فلا لأن خياره لا يمنع دخول السلعة في ملك المشتري ، فثبتت
الشفعة للشفيع . وعلى قول أبي حنيفة : خيار المشتري ، وإن منع دخول
السلعة في ملك المشتري ^(٩) ، لم يمنع زوالها عن ملك البائع ، وحق الشفيع
في الشفعة يعتمد زوال حق البائع ، لا ملك المشتري .

(١) زاد في ح : « عند أبي حنيفة » .

(٢) زاد هنا في ب و ح : « فإنه » .

(٣) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « التبير » - انظر الكشاف ، ٢٥ : ٢٦٥ : ٥ .

(٤) التاء من ب . (٥) « و » ليست في ب .

(٦) « فلا يصير ... الوطء » من ب .

(٧) في ب و ح : « وعندهما : يبطل خياره بنفس الشراء » .

(٨) هكذا في ب . وفي الأصل : « لشفيعه » . وفي ح : « الشفيع » .

(٩) « فثبتت الشفعة » في ملك المشتري « ليست في ب .

وأما كيفية الفسخ والإجازة

فهو على ضربين : أحدهما : بطريق الضرورة ، والآخر : بطريق القصد والاحتياط .

أما الفسخ والإجازة بطريق الضرورة : < ف > يصح من غير حضرة خصمه وعلمه ، كمضى مدة الخيار ، وهلاك المبيع ، ونقصانه - على ما ذكرناه .
وأما الفسخ والإجازة بطريق القصد : < فقد > أجمع أصحابنا أن المشروط له الخيار ، ملك^(١) إجازة العقد بغير محضر من صاحبه ، وبغير علم منه ، لأن صاحبه الذى لا خيار له رضى بحكم العقد ، وأما من له الخيار < ف > لم يرض حكمه^(٢) ولزومه ، فإذا رضى - ورضا الآخر قد وجد - يجب^(٣) القول بنفاذ البيع ، علم الآخر أو لم يعلم .

لكن يشترط الرضا باللسان ، بأن قال : « أجزت هذا العقد » أو « رضيت به » . فأما إذا رضى بقلبه ، وما أجازته صريحا ، فإنه^(٤) لا يسقط خياره ، لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأقوال والأفعال الظاهرة الدالة على الضمائر .
وأما الفسخ والرد ، إن وجد بالقلب دون اللسان ، فهو باطل - لما ذكرناه .
وأما إذا فسخ بلسانه : < ف > إن كان بمحضر من صاحبه ، فإنه يصح ،

(١) فى ب و ح : « يملك » .

(٢) فى ب و ح : « بحكمه » .

(٣) فى ب : « فإذا رضى ورضى الآخر فقد وجد فيجب » . وفى ح : « فإذا رضى فرضى الآخر

قد وجد فيجب » .

(٤) فى ب و ح : « فأما إذا رضى بقلبه وأجازته فإنه » .

بالإجماع ، سواء رضى به أو أبى ^(١) .

وأما إذا كان بغير محضر من صاحبه : < فقد > قال أبو حنيفة ومحمد : لا يصح ، وهو قول أبي يوسف الأول ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري ، ثم رجع وقال : يصح . وروى عنه أنه قال : إن كان الخيار للبائع : ملك فسخه ، بغير محضر من المشتري ، وإن كان الخيار للمشتري : لا يملك فسخه ، بغير محضر من البائع . ونعني بالحضرة العلم - حتى لو كان الآخر حاضراً ، ولم ^(٢) يكن عالماً بفسخه : لا يصح ، ولو كان غائباً ، وعلم بفسخه في مدة الخيار : ينبغي أن يصح .

وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف .

وأجمعوا أن المشتري ، في خيار العيب : إذا فسخ ، بغير محضر من البائع : لا يصح ، وإن كان قبل القبض - والمسألة معروفة .

ولو اشترى رجلان ^(٣) على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ، أو اشترى شيئاً ولم يرياه ^(٤) ، أو اشترى شيئاً فوجدا به عيباً - هل يملك أحدهما أن

ينفرد بالفسخ ؟

على قول أبي حنيفة : لا يملك ، ولو رد : لا يصح .

وعلى قولهما : يصح .

(١) في ب : « أو رد » .

(٢) في ب : « إن لم » .

(٣) في ح : « ولو اشترك اثنان » .

(٤) في ح : « واشترى شيئاً ولم يره » .

وإنما يصح^(١) عند أبي حنيفة إذا اتفقا على الرد أو^(٢) اتفقا على الإجازة^(٣). أما إذا زد أحدهما، وأجاز الآخر : فهو على الاختلاف^(٤). وكذا لو اختارا رد البيع في النصف، وإجازة^(٥) البيع في النصف : فهو على الاختلاف - والمسألة معروفة^(٦).

(١) « وإنما يصح » ليست في ح .

(٢) في ب و ح : « و » .

(٣) « الإجازة » من ب . وفي الأصل و ح : « على الفسخ » .

(٤) في ح : « على هذا الاختلاف »

(٥) في ب و ح : « وأجازا » .

(٦) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب خيار الرؤية

يحتاج^(١) إلى بيان :

مشروعية خيار الرؤية ،

وإلى بيان أنه في أى وقت يثبت ،

وفي بيان أنه يثبت موقتا أو مطلقا ،

وفي بيان حكمه ،

وفي بيان ما يسقطه .

أما الأول - < فنقول > :

قال أصحابنا رحمهم الله : إن خيار الرؤية مشروع في شواء ما لم يره المشتري ، فيجوز الشراء ، ويثبت له الخيار .

وقال الشافعي : شراء ما لم يره المشتري لا يصح ، فلا^(٢) يكون الخيار فيه مشروعا .

ولو باع شيئا لم يره البائع ، ورآه المشتري : يجوز ، عندنا .

وعند الشافعي : فيه قولان .

(١) في الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) في « : » ولا .

وهل يثبت للبائع فيه خيار الرؤية ؟
لم يذكر في ظاهر الرواية .

وذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء أن أبا حنيفة كان يقول بأنه يثبت
له الخيار ، ثم رجع وقال : لا يثبت .
.

وأما بيان وقت ثبوت الخيار - فنقول :

يثبت الخيار عند رؤية المشتري ، لاقبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية :
لا يلزم البيع ، ولا يسقط الخيار .

وهل يملك الفسخ قبل الرؤية ؟ لا رواية فى هذا - واختلف المشايخ :
قال بعضهم : لا يملك ، لأنه لا يملك الإجازة قبل الرؤية ، فلا يملك
الفسخ ، لأن الخيار لم يثبت .

وبعضهم قالوا : يملك الفسخ . لالسبب الخيار ، لأنه غير ثابت ، ولكن
< لأن > شراء ما لم يره المشتري غير لازم . والعقد الذى ليس بلازم ، يجوز
فسخه ، كالعارية ^(١) والوديعة .

و ^(٢) أما بيان أنه الخيار مطلق أو موقت - فنقول < :

اختلف المشايخ فيه :

بعضهم قالوا : يثبت مطلقا ، فيكون له الخيار فى جميع العمر ، إلا إذا
وجد ما يسقطه ^(٣) .

(١) فى > : « كالإجازة » وهو خطأ . (٢) الواو من ب و ح .

(٣) فى > كذا : « إلا إذا وقت حدا يسقطه » .

وبعضهم قالوا بأنه موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو
تمكن من الفسخ بعد الرؤية . ولم يفسخ : يسقط خيار الرؤية ، وإن لم يوجد
منه الإجازة والرضا صريحاً ولا دلالة .

وأما حكم

فهو التخيير بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع . ولا يمنع ثبوت
الملك^(١) في البدين . ولكن يمنع لزوم ، بخلاف خيار الشرط .
وإنما ثبت الخيار في بيع العين بالعين : لكل واحد منهما .
وفي بيع العين بالدين : ثبت للمشتري .

ولا يثبت في بيع الدين بالدين ، وهو الصرف ، لأنه لا فائدة فيه .
فأما إذا كان الحق عينا ، فللناس^(٢) أغراض في الأعيان ، فسكان ثبوت
الخيار فيه^(٣) لينظر أنه هل يصلح له - فإن شاء أجاز إن صلح ، وإن شاء
فسخ إن^(٤) لم يصلح .

وهذا إذا رأى جميع المبيع .

فأما إذا رأى البعض ورضي به ، ولم ير البعض - هل يكون على خياره ،
أم لا ، إذا رأى المبيع ؟ فنقول :

الأصل في هذا النوع من المسائل هو^(٥) أن غير المرتضى إذا كان تبعا

(١) في ب : « ثبوت الحكم » .

(٢) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « وللناس » .

(٣) في ب : « له فيه » .

(٤) في ب : « وإن » .

(٥) في الأصل و ب و ح : « وهو » .

المرئى: فلا خيار له فى غير المرئى ، وإن كان رؤية ما رأى لا تُعرِّف حال
 ما لم يره ، لأن حكم التبع حكم الأصل .
 وإن لم يكن غير المرئى تبعاً للمرئى ^(١) : <فإن كان مقصوداً بنفسه ،
 كالمرئى ، بنظر :

إن كان رؤية ما قد رأى لم تُعرِّف حال غير المرئى : كان على خياره ،
 فيما لم يره ، لأن المقصود من الرؤية ، فيما لم يره ، لم يحصل برؤيته ما رأى .
 وإن كان رؤية ما رأى تُعرِّف حال غير المرئى : فإنه لا خيار له ،
 أصلاً ^(٢) ، فى غير المرئى ، إذا كان غير المرئى مثل المرئى ، أو فوقه ، لأنه
 حصل برؤية البعض ، رؤية الباقي ، من حيث المعنى .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه المسائل <الآتية> :

- إذا اشترى جارية أو عبداً ، فرأى الوجه دون سائر الأعضاء : لا خيار
 له ، وإن كان رؤية الوجه لا تُعرِّف حال سائر الأعضاء ، لأن سائر
 الأعضاء ^(٣) تبع للوجه فى شراء العبد والجارية ، فى العادة . ولو رأى سائر
 الأعضاء دون الوجه : فهو على خياره ، لأنه لم ير المتبوع - هذا فى بنى آدم .
 - فأما فى سائر الحيوان ^(٤) ، مثل الفرس والحمار ونحوهما :

ذكر محمد بن سماعه ^(٥) عن محمد أنه قال : إن نظر إلى عجزه : يسقط

(١) هنا تكرر فى ب

(٢) « أصلاً » من ب .

(٣) « لا خيار له وإن كان . . سائر الأعضاء » ليست فى ب .

(٤) فى ب و ح : « الحيوانات » .

(٥) ولد سنة ١٣٠ هـ . وحدث عن الليث بن سعد وعن أبي يوسف ومحمد . وأخذ الفقه عن =

خياره . وإن لم ير عجزه ^(١) : فهو على خياره - < ف > جعل العجز في الحيوانات بمنزلة الوجه في بنى آدم .

وعن أبي يوسف أنه قال : هو ^(٢) على خياره ما لم ير وجهه ومؤخره ، فجعل الأصل هذين العضوين وغيرهما تبعا .

- وأما الشاة : إذا اشتراها للحم : < فقد > روى ^(٣) عن أبي يوسف أنه قال : لا بد من الجلس بعد الرؤية حتى يعرف سميتها ^(٤) ، لأنه هو المقصود . وإن اشتراها للدر والنسل ، فلا بد من رؤية سائر جسدها ، ومن النظر إلى ضرعها أيضا ^(٥) ، لأنها تختلف باختلاف الضرع .
- فأما في غير الحيوان : < ف > إن كان شيئا واحدا ينظر :

إن كان شيء منه مقصودا عند الناس في العادة . كالوجه في المتعاف ^(٦) والطئافس ^(٧) : < فإنه > إذا رأى الوجه سقط الخيار ، كما في بنى آدم ، وإذا

== أبي يوسف ومحمد والحنبل بن زياد ، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد . وولى القضاء للامون بئنداد بعد موت يوسف بن الإمام أبي يوسف سنة ١٩٢ هـ . له كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات والنوادر وغيرها . ومن تفرقه عليه : أبو جعفر أحمد بن أبي عمران البغدادي شيخ الطحاوي . ومات سنة ٢٣٣ هـ . (اللكوني) . راجع أيضا للمامش ٢ ص ٢٠ من المقدمة في الجزء الأول .

(١) « عجزه » من ب .

(٢) « هو » من ب .

(٣) في ح : « اللحم وروى » .

(٤) هكذا في ب . وفي ح : « سمته » . وفي الأصل : « سمته » .

(٥) « أيضا » من ب و ح .

(٦) هو نوع من التيات وأصله « توب متعافى » نسبة إلى متعافى بن مراخي تميم بن مر

ثم سمي « متعافى » بغير نسبة (المغرب والقاموس) .

(٧) الطئافس البسط (انظر القاموس) وفي الكاساني (٢٠٢٩٣ : ٥ من أسفل) : البسط .

رأى الظهر: لا يسقط - هكذا ذكر^(١) الحسن، في المجرد، عن أبي حنيفة. وإن لم يكن شيء منه مقصودا، كالكيرباس^(٢)؛ فإن رؤية بعضه، أى بعض كان، كرؤية الكل، لأن رؤية بعضه يعرف الباقي، لأن تفاوت الأطراف في ثوب واحد يسير. فإن وجد الباقي مثل المرقى أو فوقه: < ف > لا خيار له. وإن وجد^(٣) دونه: كان على خياره - على ما ذكرنا.

وإن كان المعقود عليه دارا أو بستانا: ذكر في كتاب القسمة وقال: إذا رأى خارج الدار وظاهرها: يسقط خياره، وإن لم ير داخلها، لأنها شيء واحد. وفي البستان: إذا رأى الخارج ورؤوس الأشجار، يسقط خياره^(٤). وعلى قول زفر: لا يسقط الخيار، بدون رؤية الداخل.

ولكن مشايخنا قالوا: تأويل ما ذكر في كتاب القسمة أنه إذا لم يكن في داخل الدار أبنية. فأما إذا كان فيها أبنية: < ف > لا يسقط الخيار ما لم ير داخل الدار^(٥)، كله أو بعضه، لأن الداخل هو المقصود، والخارج كالتبع له.

(١) في ب: «دوى».

(٢) الكيرباس الثوب الخشن، وهو فارسي مريب - والجمع كرايبس (المصباح).

(٣) الماء من ب. وفي ح: «لذ وجد».

(٤) «وإن لم ير داخلها... ورؤوس الأشجار يسقط خياره» ليست في ب.

(٥) «ولكن مشايخنا... داخل الدار» ليست في ب. وفي ح: «مالم يدخل الدار»

بدل: «مالم ير داخل الدار» وبقي ما في المتن في ح.

وذكر القدوري^(١) أن أصحابنا قالوا : إن أبا حنيفة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمانه ، فإن دورهم وبساتينهم^(٢) لا تختلف من حيث التقطيع والهيئة ، وإنما تختلف من حيث الصغر والكبر ، وكذا من حيث صغر الأشجار وكبرها - وذلك يحصل برؤية الخارج ، ورؤية رؤوس الأشجار . وعادة سائر البلدان بخلافه .

هذا إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا . فأما إذا كان أشياء :

<ف> إن كان من العدييات المتفاوتة^(٣) ، كالثياب التي^(٤) اشتراها في جراب ، أو البطاطيخ في الشريعة^(٥) ، أو الرمان أو^(٦) السفرجل في القفة والكؤارة^(٧) : <ف> إذا رأى البعض : فإنه يكون على خياره في الباقي ، لأن الكل مقصود ، ورؤية ما رأى لا تُعسرِف حال الباقي ، لأنها متفاوتة .

وإن كان مكبلا ، أو موزونا ، أو عدديا متقاربا : فإنه إذا رأى البعض ، ورضى به - لا خيار له في الذي لم ير ، إذا كان ما لم ير مثل الذي

(١) ف ب تكرر هنا من أول عبارة « يسقط خياره وعلى قول زفر » .

(٢) ف ب : « وآيتهم » .

(٣) « المتفاوتة » ليست ف ب .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « التي » .

(٥) الشريعة جوالق كالخروج يُنسج من سعف النخل يحمل فيه البطيخ ونحوه (المغرب والمنجد) .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « و » .

(٧) ف ب : « والكرارة » . وهي وعاء يتخذ من القضبان أو الطين ضيق الرأس (انظر

رأى ، لأن رؤية البعض من هذه الأشياء ، تعرف حال الباقي ^(١) .
وهذا إذا كان في وعاء واحد - فأما إذا كان في وعاءين : < فقد >
اختلف المشايخ :

قال مشايخ بلخ : لا يكون رؤية أحدهما كروية الآخر ، لانهما ^(٢)
شيآن مختلفان ^(٣) ، إذا كانا في وعاءين ، فكأننا كالثوبين .
وقال مشايخ العراق بأن رؤية أحدهما كرويةيهما جميعا ، إذا كان مالم
ير مثل المرئي .

وهكذا روى عن أبي يوسف - وهو الأصح ،
وهذا إذا كان المشتري مغيبا في الوعاء ، فأما إذا كان مغيبا في
الأرض كالجزر ، والبصل ، والثوم ، والفجل ، والسَلْجَم ^(٤) ، وبصل
الزعفران ، ونحو ذلك - < ف > في أى وقت يسقط الخيار ؟
لم يذكر هذا ^(٥) في ظاهر الرواية .

وروى بشر ^(٦) عن أبي يوسف أنه قال : إذا كان شيئا يكال أو يوزن
بعد القلع ، كالثوم ، والبصل ، والجزر ^(٧) - فإنه إذا قلع المشتري شيئا

(١) في ب هنا تكرار .

(٢) في ب : « ولنهما » .

(٣) « مختلفان » من ب و ح .

(٤) كذا في ب ، وفي ح : « والتاج » . وفي الأصل : « والسَلْجَم » . والسَلْجَم بنت ، ولا تقال : تاجه ولا
سَلْجَم أو لنية (القاموس) .

(٥) « هذا » من ب .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ٤ س ٩٨ ،

(٧) في ح : « والجوز » .

بإذن البائع، أو قلع البائع برضى المشتري: سقط خياره فى الباقي^(١)، لأن
روية بعض المكيل^(٢) كروية السكل ،

فأما إذا حصل القلع من المشتري بغير إذن^(٣) البائع، لم يكن له أن يرد،
سواء رضى بالمقلوع أو لم يرض ، إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس،
لأنه بالقلع صار معيباً ، لأنه كان ينمو ويزيد ، وبعد القلع لا ينمو ولا
يزيد^(٤) ، ويتسارع إليه الفساد ، وحدوث العيب فى المبيع فى يد المشتري،
بغير صنعه ، يمنع الرد - فمع صنعه أولى .

وإن كان المغيب^(٥) فى الأرض مما يباع عدداً ، كالفجل ، والسلق ،
ونحوهما ، فروية البعض لا تكون كروية السكل ، لأن هذا من باب^(٦)
العدديات المتفاوتة ، فروية البعض لا تكفى ، كما فى الثياب^(٧) .

وإن قلع المشتري بغير إذنه : سقط خياره ، لأجل العيب ، إذا كان
المقلوع شيئاً له قيمة . فأما إذا لم يكن له^(٨) قيمة: فلا يسقط خياره ، لأنه
لا يحصل به العيب .

وذكر الكرخى ههنا مطلقاً ، من غير هذا التفصيل ، وقال : إذا

(١) فى ب هنا تكرر .

(٢) فى ب : « القليع » . وفى ح : « القلع » .

(٣) « إذن » ساقطة من ح .

(٤) « ولا يزيد » ليست فى ب و ح .

(٥) فى ح : « المبيع » .

(٦) « باب » ليست فى ب و ح .

(٧) هنا تكرر فى ب .

(٨) « له » من ب و ح .

ولو نظر إلى فرج امرأته المطلقة، طلاقا رجعا، عن شهوة، في المرأة: لا يصير مراجعا، لما قلنا .

ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه، من غير اصطيد، فرآه في الماء: قال بعضهم : يسقط خياره ، لأنه رأى عين المبيع .

وقال بعضهم : لا يسقط - وهو الصحيح، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو، بل يرى أكثر^(١) مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف حاله حقيقة. ولو وكل رجلا بالنظر إلى ما اشتراه ولم يره، فيلزم العقد إن رضى، ويفسخ العقد إن شاء^(٢) - قال : و^(٣) يصح التوكيل، ويقوم نظره مقام نظره، لأنه^(٤) جعل الرأي إليه .

ولو وكل بقبضه، فقبضه^(٥)، فرآه - هل يسقط خيار الموكل ؟ عند أبي حنيفة: يسقط، لأنه من تمام القبض . وعندهما: لا يسقط . وأجمعوا أنه إذا أرسل رسولا بقبضه، فرآه الرسول، ورضى به: كان المرسل على خياره .

وأجمعوا في خيار العيب أنه^(٦) إذا وكل رجلا بقبض المبيع، فقبض الوكيل، وعلم بالعيب . ورضى به : لا يسقط خيار الموكل .

(١) في ح : « أكبر » .

(٢) في ب : « ويفسخ إن شاء » . وفي ح : « إن رضى فيصح العقد إن شاء » .

(٣) الواو من ب .

(٤) في ح : « ولأن » .

(٥) « قبضه » من ح . وفي ب : « قبض ورآه » .

(٦) « أنه » من ح .

وأما خيار الشرط ، فلا رواية عن أبي حنيفة ، واختلف المشايخ :
قال بعضهم : على هذا الاختلاف .
وقال بعضهم : لا يسقط بالاتفاق .

وأما بيان ما يسقط به الخيار - فنقول :

إن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحاً ، بأن قال المشتري : «أسقطت
خيارى» ^(١) - كذا روى ابن رستم ^(٢) عن محمد : لا ^(٣) قبل الرؤية ولا
بعدها ، بخلاف خيار الشرط وخيار العيب .
والفرق أن هذا الخيار ثبت ، شرعاً ، لحكمة فيه ^(٤) ، فلا يملك العبد
إسقاطه ، كما في خيار الرجعة : فإنه لو قال «أسقطت الرجعة وأبطلت» :
لا تبطل ، ولكن إن شاء <راجع> ^(٥) ، وإن شاء تركها حتى تنقضى العدة ،
فتبطل الرجعة حكماً - بخلاف خيار الشرط : فإنه يثبت بشرطها ، فجاز أن
يسقط بإسقاطها . وكذلك خيار العيب : فإن السلامة مشروطة من المشتري ،
عادة ، فهو كالمشروط صريحاً .

ثم خيار الرؤية إنما يسقط بصريح الرضا ، ودلالة الرضا بعد الرؤية ،

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « خياره » .

(٢) هو إبراهيم بن رستم أبو بكر الرزوي - راجع ترجمته في الهامش ص ٤٦ من
الجزء الأول .

(٣) في ب و ح : « لا يسقط » .

(٤) « لحكمة فيه » من ب . وفي ح : « بحكمة فيه » .

(٥) في ب و ح : « رجع » . وفي الأصل : « يرجع » .

لا قبل الرؤية، ويسقط بتعذر^(١) الفسخ، وبإلزام^(٢) العقد، حكما وضرورة، قبل الرؤية وبعدها، لما ذكرنا أنه لا يثبت في الأصل إلا بعد الرؤية^(٣)، فلا^(٤) يجوز أن يسقط بالرضا، صريحا ودلالة، إلا بعد ثبوته - حتى إنه إذا رأى وصلاح له ينجزه^(٥) . وإن لم يصلح له^(٦) يردده، لأنه شرع نظر إليه، ولكن إذا تعذر الفسخ بأي سبب كان، أو لزم العقد^(٧) بطريق الضرورة، سقط قبل الرؤية خياره أو بعدها، لأنه لا فائدة في ثبوت حق الفسخ. فالتزم^(٨) العقد ضرورة، ويجوز أن يثبت الشيء ضرورة، وإن كان لا يثبت قصدا، كالموكل: لا يملك عزل الوكيل. بدون علمه، قصدا، ويملك ضرورة^(٩)؛ بأن باع الموكل - بنفسه ليعزل^(١٠) الوكيل.

إذا ثبت هذا تخرج عليه^(١١) المسائل :

- إذا وهب المبيع من غيره، ولم يسلمه، أو عرضه على البيع، ونحوها^(١٢)،

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « بتعذر » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل : « وإلزام » . وفي ح : « وإلزامه » .

(٣) هنا تكرار في ب .

(٤) في ح : « ولا » .

(٥) في ب و ح : « ينجزه » .

(٦) « له » من ح .

(٧) في ح : « بأي سبب كان لزوم العقد » .

(٨) في ب : « فالتزم » . وفي ح : « والتزم » .

(٩) في ح : « بالضرورة » .

(١٠) في ب و ح : « ينزل » .

(١١) « عليه » من ب .

(١٢) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « ونحوها » .

قبل الرؤية : لا يسقط ، لأنه لا يسقط ^(١) بصريح الرضا فى هذه الحالة - فكذا لا يسقط بدلالة الرضا ^(٢) ،

- ولو أعتق المشتري العبد أو دبره ^(٣) ، أو دبر ^(٤) ، أو استولد الجارية : فإنه يسقط الخيار ، قبل الرؤية وبعدها ، لأنه تعذر القسح ، لأن ^(٥) هذه حقوق لازمة ، أثبتها للعبد ^(٦) ، ومن ضرورة ثبوت الحق اللازم ، من المالك لغيره . لزوم الملك له ، فثبت اللزوم ، شرعا ، ضرورة ثبوت الحق اللازم ، شرعا ^(٧) ، ومتى ثبت اللزوم تعذر القسح .

- ولو رهنه المشتري ولم يسلمه ^(٨) ، أو أجره من رجل ، أو باعه على أن المشتري بالخيار : سقط خياره قبل الرؤية ، وبعدها - حتى لو افتك الرهن ، أو مضت المدة ^(٩) فى الاجارة ، أو رده ^(١٠) على المشتري بخيار الشرط ، ثم رآه : لا يكون له الرد ، بخيار ^(١١) الرؤية ، لأنه أثبت حقا لازما ، لغيره ، بهذه التصرفات ، فيكون من ضرورته ^(١٢) لزوم الملك له ، وذلك بامتناع

(١) « لأنه لا يسقط » ليست فى - .

(٢) « الرضا » ليست فى - .

(٣) « أو دبره » ليست فى - .

(٤) « أو دبر » ليست فى ب .

(٥) فى ب و ح : « ولائ » .

(٦) فى ح : « لارم أثبتها العبد » .

(٧) « ضرورة ثبوت الحق اللازم شرعا » ليست فى - .

(٨) كذا فى ب . وفى الاصل و ح : « ولم يسلم » .

(٩) « المدة » ليست فى - .

(١٠) الماء من ب .

(١١) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « بخلاف خيار الرؤية » .

(١٢) فى ح : « ضرورة » .

لا قبل الرؤية، ويسقط بتعذر^(١) الفسخ، وبإزوم^(٢) العقد، حكما وضرورة، قبل الرؤية وبعدها، لما ذكرنا أنه لا يثبت في الأصل إلا بعد الرؤية^(٣)، فلا^(٤) يجوز أن يسقط بالرضا، صريحا ودلالة، إلا بعد ثبوته - حتى إنه إذا رأى وصلاح له يجيزه^(٥)، وإن لم يصلح له^(٦) يردده، لأنه شرع نظرا له، ولكن إذا تعذر الفسخ بأي سبب كان، أو لزم العقد^(٧) بطريق الضرورة، سقط قبل الرؤية خياره أو بعدها، لأنه لا فائدة في ثبوت حق الفسخ، فالتزم^(٨) العقد ضرورة، ويجوز أن يثبت الشيء ضرورة، وإن كان لا يثبت قصدا، كالموكل: لا يملك عزل الوكيل. بدون علمه، قصدا، ويملك ضرورة^(٩): بأن باع الموكل - بنفسه ليعزل^(١٠) الوكيل.

إذا ثبت هذا تخرج عليه^(١١) المسائل :

- إذا وهب المبيع من غيره، ولم يسلمه، أو عرضه على البيع، ونحوهما^(١٢).

(١) كذا في ب و ح - وفي الأصل : « بتعذر » .

(٢) كذا في ب - وفي الأصل : « وإزوم » - وفي ح : « وبإزومه » .

(٣) هنا تكرار في ب .

(٤) في ح : « ولا » .

(٥) في ب و ح : « يجيزه » .

(٦) « له » من ح .

(٧) في ح : « بأي سبب كان لزوم العقد » .

(٨) في ب : « فالتزم » - وفي ح : « والتزم » .

(٩) في ح : « بالضرورة » .

(١٠) في ب و ح : « يتعزل » .

(١١) « عليه » من ب .

(١٢) كذا في ب - وفي الأصل و ح : « ونحوها » .

قبل الرؤية : لا يسقط ، لأنه لا يسقط ^(١) بصريح الرضا فى هذه الحالة - فكذا لا يسقط بدلالة الرضا ^(٢) ،

- ولو أعتق المشتري العبد أو دبره ^(٣) ، أو دبر ^(٤) ، أو استولد الجارية : فإنه يسقط الخيار ، قبل الرؤية وبعدها ، لأنه تعذر الفسخ ، لأن ^(٥) هذه حقوق لازمة ، أثبتها للعبد ^(٦) ، ومن ضرورة ثبوت الحق اللازم ، من المالك لغيره ، لزوم الملك له ، فثبت اللزوم ، شرعا ، ضرورة ثبوت الحق اللازم ، شرعا ^(٧) ، ومتى ثبت اللزوم تعذر الفسخ .

- ولو رهنه المشتري ولم يسلمه ^(٨) ، أو أجره من رجل ، أو ياعه على أن المشتري بالخيار : سقط خياره قبل الرؤية ، وبعدها - حتى لو افتك الرهن ، أو مضت المدة ^(٩) فى الإجارة ، أو رده ^(١٠) على المشتري بخيار الشرط ، ثم رآه : لا يكون له الرد ، بخيار ^(١١) الرؤية ، لأنه أثبت حقا لازما ، لغيره ، بهذه التصرفات ، فيكون من ضرورته ^(١٢) لزوم الملك له ، وذلك بامتناع

(١) « لأنه لا يسقط » ليست فى - .

(٢) « الرضا » ليست فى - .

(٣) « أو دبره » ليست فى - .

(٤) « أو دبر » ليست فى ب .

(٥) فى ب و - : « ولأن » .

(٦) فى - : « لازم أثبتها العبد » .

(٧) « ضرورة ثبوت الحق اللازم شرعا » ليست فى - .

(٨) كذا فى ب ، وفى الأصل و - : « ولم يسلم » .

(٩) « المدة » ليست فى - .

(١٠) الهاء من ب .

(١١) هكذا فى ب و - . وفى الأصل : « بخلاف خيار الرؤية » .

(١٢) فى - : « ضرورة » .

ثبوت الخيار ، فيبطل ضرورته ، لأنه لا فائدة فيه .

وفي خيار العيب : لا يسقط لهذه التصرفات ، لأن ثمة العقد لازم . مع العيب ، بعد القبض ، حتى لا يمكنه الرد إلا بقضاء أو رضا^(١) . وإذا كان لازماً ، فلا يسقط الخيار ، لضرورة اللزوم ، وإنه لازم .

- وعلى هذا : < ف > المشتري إذا كاتب ، ثم عجز العبد ، ورد^(٢) في الرق . ثم رآه : لا يثبت له خيار الرؤية ، لأن الكتابة عقد لازم^(٣) .
- وكذلك لو وهب ، وسلم ، قبل الرؤية ، لأنه بالتسليم أثبت حقاً لازماً ، فإنه لا يقدر على الرجوع إلا بقضاء أو رضا .

هذا إذا كان المشتري بصيراً .

أما إذا كان المشتري أعمى حتى ثبت له الخيار ، بسبب جهالة الأصاف ، لعدم الرؤية ، < ف > بماذا يسقط خياره ؟ اختلفت الروايات ، عن أصحابنا فيه : والحاصل^(٤) أن ما يمكن^(٥) جسده ، وذوقه ، وشمه : يكتفى بذلك ، لسقوط^(٦) خياره ، في أشهر الروايات ، ولا يشترط بيان الوصف له ، ويكون بمنزلة نظر^(٧) البصير - وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف ، مع ذلك ، لأن التعريف السكامل في حقه يثبت بهذا .

(١) زاد هنا ب و ح : « وهبنا بخلافه » .

(٢) في ب : « ورد » .

(٣) زادهنا في ح : « في حق المولى » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « الحاصل » .

(٥) في ح : « إذا كان يمكن » .

(٦) في ح كذا : « السقوط الجاهل خياره » .

(٧) في ب : « بمنزلة رؤية » . وفي ح : « بمنزلة النظر من » .

أما مالا يمكن جسسه، بأن^(١) اشترى ثماراً على رؤوس الأشجار فإنه يعتبر فيه الوصف، لا غير، في أشهر الروايات - وفي رواية: يوقف في مكان لو كان بصيراً لرأى ذلك.

وأما إذا كان المبيع داراً أو عقاراً: فلا يصح من^(٢) الروايات أنه يكتمى^(٣) بالوصف، فإذا رضى به كان بمنزلة النظر من البصير.

وقالوا في الأعمى: إذا اشترى شيئاً، فوصف له، ورضى^(٤) بذاته، ثم زال العمى، فلا خيار له، لأن الوصف خالف عن الروية في حقه، والقدرة على الأصل، بعد حصول المقصود بالبذل، لا تسقط حكم^(٥) البذل. ولو اشترى البصير شيئاً لم يره، فوصف له، فرضى^(٦) به، لم يسقط خياره، لأنه لا عبرة للخلف مع القدرة على الأصل.

ولو اختلف البائع والمشتري فقال البائع: «بتك هذا الشيء»، وقدرأيته، وقال المشتري: «لم أره» - فالقول قول المشتري، لأن البائع يدعى عليه إزام العقد، وهو منكر، فيكون القول قوله، ويستحلف المشتري، لأن البائع يدعى عليه سقوط حق الفسخ، ولزوم العقد، وهذا مما يصح بذله والإقرار به، فيجوز فيه الاستحلاف.

(١) في ب و ح: «كما إذا».

(٢) في ح: «في».

(٣) زاد هنا في ب: «منه». وفي ح: «فيه».

(٤) في ح: «فرضى».

(٥) زاد هنا في ح: «حق».

(٦) في ب: «ورضى».

ولو رأى عبداً أو دابة، ثم اشترى بعد ذلك، بشهر أو نحوه ، فلا خيار له ، لأنه اشترى شيئاً قد رآه ، وثبت هذا الخيار معلق بشراء شيء لم يره ، ولأن ما هو المقصود من الخيار قد ثبت ، فكان الإقدام على الشراء دلالة الرضا .

ولو اختلفا فقال المشتري : « قد تغير عن الحالة التي رأيته »^(١) ، والبائع ينكر : فالقول قول البائع مع يمينه ، لأن دعوى التغير إما أن تكون دعوى العيب أو دعوى تبدل هيئته فيما يحتمل التبدل^(٢) ، وهذا دعوى أمر عارض ، فيكون القول قول من تمسك بالأصل^(٣) .

(١) ق ب : « رأيت » .

(٢) ق ب : « البديل » .

(٣) زاد ق ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

خيار العيب

الكلام فيه فى مواضع :

فى بيان شرعية ^(١) خيار العيب .

وفى بيان العيوب التى توجب الخيار : جملة ، وتفصيلا .

وفى بيان كيفية الرد ^(٢) .

وفى بيان ما يمنع الرد ، ويسقط الخيار ،

وفى بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب ، وما لا يمنع ،

وفى بيان الإبراء عن العيوب .

أما الأول

فلائق سلامة البدلين ، فى عقد المبادلة ، مطلوبة عادة ، فتكون بمنزلة
المشروط صريحا . ولو اشترى جارية على أنها بكر أو خبازة ، ولم توجد ^(٣) :
ثبت الخيار ، لفوات ^(٤) غرضه - كذا هذا .

و ^(٥) أما بيان العيوب الموصية للخيار فى الجملة - فنقول :

كل ما أوجب نقصان القيمة والتمتع فى عادة التجار : فهو عيب يوجب الخيار .

(١) فى ب : « مشروعية » .

(٢) « وفى بيان كيفية الرد » من ح . وهى فى ب ما عدا كلمة « بيان » .

(٣) فى ح : « ولم يوجد » .

(٤) فى ب : « بفوات » .

(٥) « و » من ب و ح .

ومالا يوجب نقصان القيمة والتمن^(١)؛ فليس بعيب .

وأما تفصيل العيوب :

فهي على نوعين :

أحدهما : ما يوجب قوات جزء من المبيع، أو تغييره، من حيث الظاهر، دون الباطن .

والثاني : ما يوجب النقصان، من حيث المعنى، دون الصورة .

أما^(٢) الأول - فكثير، نحو: العمى، والعمور، والشلل، والزَّمانة^(٣)،
والإصبع الناقصة، والسن السوداء، و^(٤)السن الساقطة، <والسن>
الشاغية^(٥)، والظفر الأسود، والصمم، والحرس، والبكم، والقروح،
والشجاج، وأثر الجراح، والأمراض كلها التي تكون في سائر البدن،
والجليات - وهذا كله ظاهر .

وأما الثاني - فنحو: السعال القديم، وارتفاع الحيض في زمان طويل
أدناه شهران^(٦) فصاعدا في الجوارى .

(١) « فهو عيب يوجب ... القيمة والتمن » ساقطة من ح .

(٢) « أما » من ب و ح .

(٣) يقال زَمَنَ الشخص زَمَانَةً إذا مرض مرضاً يدوم زماناً طويلاً (المصباح) .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

(٥) « الشاغية » من ب . والسن الشاغية هي التي تزيد على الأسنان ويخالف منبتها منبت

غيرها . وقيل الشنى أن تنفرد الأسنان العليا على السفلى . وقيل لأن السن الشاغية معنيتين : أحدها
أن تكون زائدة . والثاني أن تكون أطول أو أكبر أو مخالفة لمنبت التي تليها (المصباح) .

(٦) في ح كذا : « شهرا » .

ومنها - صُوبَةُ^(١) الشعر، والشَّمَطُ^(٢). والشَّيبُ في العبيد والجواري.
والبَخَرُ^(٣) عيب في الجواري، دون العبيد، إلا أن يكون فاحشاً،
أو يكون عن داء. وكذلك الدَّفَرُ^(٤).

ومنها - الزنا: عيب في الجواري، دون الغلمان، إلا إذا كثرت ذلك
منهم، وصار عادة لهم: فيكون عيباً.

وكذا كونه ولد الزنا: يكون عيباً في الجواري، دون العبيد.

والجلن عيب في الجارية، لا في البهاائم.

والنسكاح في الغلام، والجارية: عيب.

والكفر عيب في الجارية، والغلام.

ومن هذه الجملة: الإيباق، والسرقعة، والبول في الفراش، والجنون:
وحاصل الجواب فيها^(٥) أنها في الصغير الذي لا يعقل ولا يأكل وحده:
لا تكون عيباً، لأنه^(٦) لا يعرف الامتناع من هذه الأشياء، فلا يثبت
به وجود العيب بالاحتمال. فأما إذا كان صبيّاً عاقلاً، فإنه يكون عيباً.
ولكن عند اتحاد الحالة: يثبت حق الرد، لا عند الاختلاف، بأن ثبت أنه

(١) أي اجتراده (المصباح).

(٢) الشَّمَطُ بياض شعر الرأس يخالط سواده (مختار الصحاح).

(٣) البَخَرُ تنن ربيع القم - يقال هو أَبَخَرَ وهي بَخَرَاء (المصباح).

(٤) الدَّفَرُ تنن الريح (المصباح).

(٥) أي في الإيباق والسرقعة والبول في الفراش. أما الجنون فسيأتي الكلام عليه وحده عقب

الكلام على الأولى. وفي ب و ح: «فيه».

(٦) في ب: «لأنها».

أبق^(١) عند البائع ، ثم يَأْبَقُ عند المشتري : كلاهما فى حالة الصفر ، أو كلاهما فى حالة الكبر ، لأن سبب وجود هذه الأشياء فى حالة الصفر عيب . وهو : قلة المبالاة . وقصور العقل ، وضعف المثانة ، وفى حال الكبر يكون السبب سوء اختياره . وداء فى الباطن^(٢) ، فإذا اتفق الحالان : علم أن السبب واحد ، فيكون هذا العيب ثابتاً عند البائع . فأما إذا اختلف ، فلا يعرف ، لأنه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم < يـ > حدث النوع الآخر ، عند المشتري ، فلا يكون^(٣) له حق الرد - كالعبد إذا حم عند البائع ثم حم عند المشتري : فإن كان هذا الثانى غير ذلك النوع : لا يثبت حق الرد^(٤) ، وإن كان من نوعه ثبت حق الرد - كذا هذا .

فأما الجنون : إذا ثبت وجوده عند البائع < فـ > هل يشترط وجوده ثانياً عند المشتري ؟ ليس فيه رواية نصاً^(٥) . واختلف المشايخ :

< فـ > بعضهم قالوا : لا يشترط ، لأن محمداً قال : الجنون عيب لازم أبداً . فلا يشترط وجوده ثانياً عند المشتري ، بخلاف السرقة والابواق والبول فى^(٦) الفراش : فإنه ، ما لم يوجد عند المشتري ، لا يثبت حق الرد . وقال بعضهم : لا يكون^(٧) له حق الرد ما لم يوجد^(٨) ثانياً عند المشتري ،

(١) فى ح : « فإنه ثبت أنه عبد أبى » .

(٢) فى ب : « فى البطن » .

(٣) فى ح : « فلا يجوز » .

(٤) « كالعبد إذا حم ... الرد » من ب و ح - إلا أن فى ح : « حمى » .

(٥) فى ب و ح : « أيضاً » .

(٦) فى ح : « على » .

(٧) فى ب : « لا يثبت » .

(٨) فى ح : « ما لم يكن » .

كما في الإبقاء ونظائره ، إلا أن الفرق أن في الجنون : لا يشترط اتحاد الحالة . فإن^(١) جن عند البائع ، وهو صغير^(٢) ، ثم جن عند المشتري بعد البلوغ : فإنه يثبت حق الرد ، < و > في الإبقاء ونظيره : لا يثبت حق الرد ، إلا عند اتحاد الحالة - على ما ذكرنا .

وأما كيفية الرد - فنقول :

إن المشتري إذا ادعى عيبا بالمبيع ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه^(٣) : إما أن يكون عيبا ظاهرا مشاهدا ، كالأصبع الزائدة . والسن الشاغية الزائدة^(٤) ، والعمى ، ونحوها^(٥) .

أو كان عيبا باطنا ، في نفس الحيوان ، لا يعرفه إلا الأطباء . أو يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال ، ويطلع عليه النساء . أو يكون عيبا لا يعرف بالمشاهدة ، ولا بالتجربة والامتحان ، عند الخصومة ، وذلك كالأبق ، والسرقة ، والبول على الفراش ، والجنون . أما إذا طعن عيبا^(٦) مشاهدا - فإن القاضى لا يكف المشتري بإقامة البينة على إثبات العيب عنده ، لكون العيب ثابتا ، عنده ، بالعيان والمشاهدة .

(١) في ب : « بأن » .

(٢) في ب و ح : « وهو صغير عاقل » .

(٣) اعتبرها السرخسي أربعة فقال : « ثم العيوب التي يظن المشتري بها أنواع أربعة » المبسوط ، ١٣ : ١١٠ ، وكذا ابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ١٧٣ . ولعل الصحيح هنا أيضا أن تكون أربعة كما يتبين مما يلي .

(٤) « الزائدة » ليست في ب و ح . وقد تقدم تعريف « السن الشاغية » في الحامش ص ١٣٦ .

(٥) في ب : « ونحوه » .

(٦) « عيبا » من ب و ح .

ويكون للمشتري حق الخصومة، مع البائع، بسبب هذا العيب^(١)، فبعد هذا: القاضي ينظر في العيب الذي يدعى: فإن كان عيباً لا يحدث مثله في يدي المشتري، كالإصبع الزائدة ونحوها: فإنه يرد على البائع، ولا يكلف المشتري بإقامة البيئة على ثبوت العيب عند البائع، لأنه يتقن ثبوته^(٢) عنده، إلا أن يدعى البائع الرضا و^(٣) الإبراء، فيطلب منه البيئة، >فإن أقام البيئة عليه^(٤)، وإلا فحينئذ يستحلف المشتري على دعواه: فإن^(٥) نكل لم^(٦) يرد عليه، وإن حلف، رد على البائع: فإن كان عيباً، يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري، فإن القاضي يقول للبائع «هل حدث هذا عندك؟» فإن قال «نعم» قضى عليه بالرد، إلا أن يدعى الرضا والإبراء، وإن أنكر الحدوث عنده، فإنه يقول للمشتري «ألك بيئة؟» فإن أقامها قضى عليه بالرد، إلا أن يدعى الرضا والإبراء^(٧). وإن لم يكن له بيئة: ذكر في «الأصل» وقال: يستحلف البائع على البتات^(٨) بالله: «لقد بعته، وسلحته، ومابه^(٩) هذا العيب» لأن هذا أمر لو أقربه لزمه،

(١) في ب: «البيع».

(٢) هكذا في ب و ح. وفي الأصل: «بثوته».

(٣) في ب: «أو».

(٤) «إن أقام البيئة عليه» ليست في ب. و «إن أقام البيئة» ليست في ح.

(٥) هكذا في ب و ح. وفي الأصل: «وإن».

(٦) «لم» ليست في ب.

(٧) هنا في ح تكرار.

(٨) أى على القطع والجزم، لا على مجرد نفي العلم.

(٩) «ومابه» غير واضحة في الأصل، ولكنها واضحة في ب و ح.

فإذا أنكر، يحلف، لصدق^(١) قوله، وإنما يحلف على هذا الوجه، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل القبض، فيثبت^(٢) له حق الرد، فلا بد من ذكر البيع والتسليم.

ثم من المشايخ من قال: لا يجب أن يستحلف هكذا، لأنه^(٣) يبطل حق المشتري. في الرد، في بعض الأحوال، لأنه يكون للمشتري حق الرد بعيب حادث بعد البيع قبل القبض، فحق حلف على هذا الوجه لم يحنث، إذا حدث^(٤) العيب قبل القبض، لأن شرط الحنث وجود العيب عند البيع والقبض جميعاً، ولكن الاحتياط للمشتري أن يحلف البائع بالله: «ما المشتري رد السلعة^(٥) بهذا العيب الذي يدعى»، وقيل: يحلف بالله «لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعى».

ومنهم من قال بأن^(٦) ما ذكر محمد صحيح مع إضمار زيادة في كلامه، فيحلف البائع بالله «لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب^(٧)» لا عند البيع ولا عند التسليم، إلا أن محمد اختصر كلامه، والاختصار بآب في اللغة^(٨) فيحمل كلامه عليه.

(١) في ب: «نحلف يصدق». وفي ح: «حلف يصدق».

(٢) «فيثبت» غير واضحة في الأمل. ولكنها واضحة في ب وح.

(٣) في ب كذا: «لا» و«نه» ساقطة، وصارت: «لا يبطل».

(٤) في ح: «أحدث».

(٥) في ب: «حق الرد للسلعة».

(٦) «بأن» من ح.

(٧) «الذي يدعى ومنهم من قال... وما به هذا العيب» ساقطة من ب.

(٨) في ب: «والاختصار من باب اللغة». وفي ح: «والاختصار باب من اللغة».

وأما إذا كان العيب باطنا لا يعرفه إلا الخصام من الناس ، كالأطباء
والنخاسين - فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب : فإن اجتمع
على ذلك العيب رجالان مسلمان ، أو قال ذلك رجل مسلم عدل ، فإنه
يقبل قوله ، ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا يقول
القاضي للبائع : « هل حدث عندك العيب الذي يدعى ؟ »^(١) فإن قال « نعم »
قضى عليه بالرد ، وإن أنكر يقيم المشتري البيعة ، فإن^(٢) لم يكن له
بيعة استخلف البائع على الوجه الذي ذكرنا : فإن حلف : لم يرد عليه ،
وإن نكل : قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو^(٣) الإبراء .

وإن كان العيب مما لا يطلع عليه^(٤) الرمال ، ويطلع عليه الناس - فإنه
يرجع إلى قول النساء ، فترى امرأة مسلمة^(٥) ، عدلة^(٦) ، والثنتان أحوط .
فإذا^(٧) شهدت على العيب ، ففي هذه المسألة عن أبي يوسف روايتان ،
وكذا عن محمد روايتان :

في رواية فرق أبو يوسف بين ما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد

(١) « العيب الذي يدعى » من ب . وفي الأصل و ح : « عندك عيب » (فقط) .

(٢) « أنكر يقيم المشتري البيعة فإن » ليست في ب و ح .

(٣) في ب و ح : « و »

(٤) « عليه » من ب و ح وليست في الأصل .

(٥) في ب : « سليمة » .

(٦) هكذا في ب . وفي الأصل : « عدلة » . وفي ح : « عدل » .

(٧) في ب : « فإن » .

المشتري - فقال : إن كان في يد البائع ، رد ^(١) المبيع بشهادتها ^(٢) ، لأن
 ما لا يطلع عليه الرجال فقول المرأة الواحدة بمنزلة البينة ، فيثبت العيب بقولها ،
 و ^(٣) العيب الموجود عند البائع . يفسخ ^(٤) به البيع . وإن سأل بعد
 القبض ، أقبل ^(٥) قولها ^(٦) في حق ^(٧) إثبات الخصومة ، ولا أقبل في حق
 الرد على البائع . لأن المبيع وجد ^(٨) معيا في ضمان المشتري ^(٩) فلا أنقل
 الضمان إلى البائع ، بقول النساء ، ولكن أثبت حق الخصومة ليثبت
 الاستحقاق ^(١٠) .

وفي رواية قال : إن كان العيب مما لا يحدث مثله : يفسخ بقولهن ،
 لأن العيب قد ثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع يقيين ،
 فيثبت حق الفسخ ، وإن كان عبثا يحدث ^(١١) مثله ، لم يثبت حق الفسخ
 بقولهن ، لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن ^(١٢) .

(١) في ح كذا : « ردوا » .

(٢) في ح : « شهادتها » . وفي ب : « شهادتها » .

(٣) في ب : « بقولها في العيب » .

(٤) في ح : « يفسخ » .

(٥) في ح : « يقبل » .

(٦) في ب : « قولها » .

(٧) « في حق » من ح .

(٨) في الأصل بين كلمة « المبيع » وكلمة « وجد » إشارة تدل على وجود قمص
 مستدرك في الهامش ، وفي الهامش لا يظهر إلا مؤخر كلمتين هما في نظرنا « ضمان المشتري » .

(٩) في ب و ح : « لأن المبيع دخل في ضمان المشتري .. الخ »

(١٠) في ب : « ولكن أثبت في حق الخصومة بسبب الاستحلاف » .

(١١) في ب : « حدث » . وفي ح : « فإن كان لا يحدث » .

(١٢) في ب : « مما يعلم من جهة غير هذا » . وفي ح : « مما يعلم من وجه غير هذا » .

وأما عن محمد : <ف> فى رواية قال : لا يفسخ بقولهن ، بحال . وفى رواية : يفسخ ، قبل القبض وبعده ، بقولهن ، لأن قولها ^(١) فيما لا يطلع عليه الرجال ^(٢) ، كالبينة ، كما فى النسب .

وأما العيب الذى ليس بمشاهير عند الخصومة ولا يعرف بقول الناس ، كالأباق والجنون والسرقة والبول على الفراش - فقد ذكرنا أنه لا بد من ثبوت العيب عند المشتري وعند البائع ، عند اتحاد الحالة ، إلا فى الجنون : فإن اتحاد الحال ليس بشرط فى الجنون .

فإن أقام المشتري ^(٣) البينة على حدوث العيب عنده ^(٤) ، فإنه يقول القاضى للبائع : « هل أبقيت عندك ؟ » فإن قال « نعم » ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعى الرضا أو ^(٥) الإبراء ؛ وإن أنكر الأباق أصلاً ، و ^(٦) ادعى اختلاف الحالة ، يقول القاضى للمشتري « ألك بينة ؟ » فإن قال « نعم » ، وأقام البينة على ما يدعى ، قضى عليه بالرد ، وإن قال « لا » يستحلف البائع بالله « ما أبقيت عندك قط من ذنب » ، ولا جن عندك قط ، فإن حلف انقطعت ^(٧) الخصومة بينهما ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه ^(٨) بالرد .

(١) فى ح : « قولهن » . وفى ب : « قولها » .

(٢) « الرجال » ليست فى ح .

(٣) « المشتري » من ب و ح .

(٤) « عنده » ليست فى ب .

(٥) فى ح : « و » .

(٦) فى ب و ح : « أو » .

(٧) التاء من ب و ح .

(٨) « قضى عليه » ليست فى ب .

وإن لم يجد المشتري بينة على إثبات أصل العيب عند نفسه ، هل يستحلف القاضى البائع على ذلك أم لا ؟ .

لم يذكر فى بيع الأصل ^(١) و ^(٢) ، وذكر فى الجامع ^(٣) وقال : يستحلفه على قول أبى يوسف ومحمد ^(٤) ولم يذكر قول أبى حنيفة ^(٥) - > فن المشايخ < من قال ^(٦) : يستحلف ، بلا خلاف . ومنهم من قال : هذه المسألة على الاختلاف : < ف > قول أبى حنيفة ^(٧) : لا يستحلف : نص عليه فى كتاب التزكية ، على ما يعرف فى الجامع ^(٨) - والله أعلم .
ثم كيف يستحلف ؟ قالوا : يستحلف على العلم ، لأنها يمين ، على ^(٩)

(١) فى ب : « لم يذكر فى البيع فى الأصل » . وفى ح : « لم يذكر فى البيع ثبوته فى الأصل » .

(٢) أصناف فى الأصل : « وذكر هنا وقال يستحلفه » . وفى ب : « وذكر هنا وقال يستحلف » . وفى ح : « وذكر هنا : يستحلفه » والظاهر لنا أنها سق قلم من الناسخ لاذ لم ترد فى الكشافى (٢٠ : ٢٧٩ : ٥) وراجع أ . ب : المرغينانى ، الهداية ، ١٧١ : ٥ . والمأمش ٨ الآتى .

(٣) انظر : محمد ، الجامع الكبير ، ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « على قولها » .

(٥) « أبى حنيفة » من ب و ح . وهى غير واضحة فى الأصل

(٦) فى ح : « منهم من قال » - انظر المأمش التالى والذى بعده .

(٧) « منهم من قال يستحلف ... على قول أبى حنيفة » ليست فى ب .

(٨) إمامه بقصد شرحه للجامع الكبير ، راجع : التحفة ، ح ١ ، ص ٢١ من المقدمة -

قال الكشافى (٢٠ : ٢٧٩ : ٥) : « هل يستحلف البائع ؟ لم يذكر فى

الأصل ، وذكر فى الجامع أنه يستحلف فى قول أبى يوسف ومحمد . وسكت عن قول

أبى حنيفة . < و > عن المشايخ من قال : يستحلف بلا خلاف بينهم والتخصيص على قولها لا يدل

على أن أبى حنيفة مخالف لها ، ومنهم من قال : المسألة على الاختلاف ذكرت فى النوادر .

وذكر الطحاوى أيضا أن عند أبى حنيفة لا يستحلف ، وعندهما يستحلف » راجع أيضا :

المرغينانى ، الهداية ، ١٧١ : ٥ ، وكذا الباری . وابن المهام ، عليه ، نفس الصفحة .

(٩) فى ب : « فى » .

غير فعله: « بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا^(١) العبد الآن^(٢) ». -
فإن نكل عن اليمين: ثبت العيب عند المشتري، فيثبت له حق الخصومة.
و^(٣) إن حلف: برى .

وأما ما يطل من الرد ويمنع وجوب الرضى، وما لا يمنع - < فنقول > :
أصل الباب أن الرد بالعيب يمتنع بأسباب :
منها - حدوث العيب عند المشتري عندنا - خلافاً للمالك، والشافعي في
أحد قوليه .

والصحيح قولنا، لأن المبيع خرج عن ملكه معيباً بعيب واحد،
فلو رد . يرد بعين^(٤)، وشرط الرد أن يرد على الوجه الذى أخذ،
ولم يوجد .

ومنها - الزوائد المنفصلة المتولدة من العين بعد القبض، كالولد، والثمرة،
أو الاستفادة^(٥)، بسبب العين، كالأرض والمقر : تمتنع الرد بالعيب،
وسائر أسباب الفسخ، كالأقالة، والرد بخيار الرؤية، والشرط - فى
قول علمائنا .

وقال الشافعي : لا تمتنع .

(١) « هذا » ليست فى ب .

(٢) « الآن » ليست فى ح .

(٣) « و » ليست فى ح .

(٤) فى ح كذا : « ولو رد يرد والمقر بعين » وفى ب : « فلو رد ارد بعين » .

(٥) فى ب : « والثمرات الاستفادة » وفى ح : « والثمر والاستفاد » .

وأتجمعوا أزال كسب أو الغلة ، التي تحدث بعد القبض : لا تمنع فسخ العقد ^(١) .

وأتجمعوا أن الزوائد المنفصلة قبل القبض : لا تمنع الفسخ ، بل يفسخ ^(٢) على الأصل والزوائد جميعاً ^(٣) .

فأما في الزوائد المتصلة ، كالسمن ، والجمال ونحوهما ، وقد حدثت بعد القبض - فإنه لا يمنع الرد بالعيب إذا رضى المشتري ، لكونها تابعة للأصل حقيقة ، وقت الفسخ ، فإذا انفسخ العقد على الأصل ، يفسخ فيها ^(٤) تبعاً .

فأما إذا أبى المشتري أن يرد ^(٥) ، وأراد الرجوع ^(٦) بنقصان العيب وقال البائع : « لا أعطيك نقصان العيب ولكن ردّ على المبيع : حتى أرد عليك الثمن ^(٧) » - هل للبائع ذلك ؟

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٨) : ليس له ذلك .

وعلى قول محمد : له ذلك .

(١) زاد في ب و ح هنا : « على الأصل » .

(٢) « بل يفسخ » ليست في ب .

(٣) « جميعاً » ليست في ب .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فيها » .

(٥) في ب : « برده » .

(٦) في ب : « وأراد أن يرجع عليه » .

(٧) في ب و ح : « جميع الثمن » .

(٨) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « قولها » .

وهذا لأن الزيادة المتصلة ، بعد القبض ، تمنع فسخ العقد ، على الأصل ، إذ لم يوجد الرضى ممن ^(١) له الحق في الزيادة عندهما ، وعند محمد لا تمنع - كما في مسألة المهر : إذا ازداد زيادة متصلة ، بعد القبض ، ثم طلقها الزوج . قبل الدخول بها - على ما نذكر في كتاب النكاح .

ومنها - تعذر الفسخ بأسباب مانعة من الفسخ - على ما عرف .
ومنها - الرضى بالعيب ، صريحاً أو دلالة ^(٢) . على ما ذكرنا في خيار الشرط ؛ أو وصول عوض الفات ، إليه ، حقيقة أو اعتباراً . وكان للمشتري حق الرجوع بنقصان العيب في المواضع التي امتنع الرد ^(٣) ، إلا إذا وجد الرضا صريحاً أو دلالة ، أو وصل إليه العوض حقيقة أو اعتباراً ، لأن ضمان النقصان بدل الجزء الفات ^(٤) ، فإذا رضى بالعيب ، فقد رضى بالمبيع القائم . بجميع الثمن ، بدون الجزء الفات ، فلا يجب شيء ؛ وإذا حصل العوض ^(٥) ، فكان الجزء الفات صار قائماً معنى ، بقيام خلفه ^(٦) .

هذا الذي ذكرنا إذا كان المشتري عاقداً لنفسه .
فأما إذا كان عاقداً للغير : < ف > إن كان ممن يجوز أن يلزمه الخصومة ، كالوكيل ، والشريك ، والمضارب ، والمأذون ، والمكاتب ،

(١) في ب كذا : « تم » .

(٢) « دلالة » ساقطة من ب .

(٣) « في المواضع التي امتنع الرد » وردت في ب و ح قبل « وكان للمشتري حق

الرجوع ... » وهذه في ب : « أو كان للمشتري ... » .

(٤) في ب : « والفات » .

(٥) في ح : « فإذا حصل الفرض » .

(٦) في ب : « لقيام بدله » .

فالحصومة تلزمه . ويرد ^(١) عليه بالعيب بالحجة ^(٢) ، لأنها من حقوق العقد ، وحقوق العقد ^(٣) ترجع إلى العاقد إذا كان ممن يلزمه الحصومة ، كالعاقد نفسه ، فمأقضى ^(٤) به على العاقد رجوع به على من وقع له العقد ، لكونه قائماً مقامه ؛ إلا ^(٥) المكاتب والمأذون ، فإنهما لا يرجعان على المولى ، ولكن الدين يلزم المكاتب ، ويباع فيه المأذون . لأنها يتصرفان لأنفسهما ، فلا يرجعان على غيرهما .

فأما القاضى والإمام إذا عقدا بحكم الولاية . أو أمينهما بأمرهما ، لم يلزمهم الحصومة . ولم يصيروا ^(٦) خصماً في الباب ، إلا أنه ينصب خصماً يخاصم ^(٧) في ذلك ، فمأقضى ^(٨) به عليه ^(٩) رجوع في مال من وقع التصرف له ، وإن كان التصرف للمسلمين رجوع في بيتهم .

فأما العاقدان كان صديقاً محجوراً ، أو عبداً محجوراً ، أو إنساناً في بيع ^(١٠) أو شراء ، فلا خصومة عليهما ولا ضمان ، وإنما الحصومة على من وكلهما في ذلك

(١) في ح : « والخصومة تلزمه ببرد » .

(٢) في ح : « لا بالحجة » .

(٣) « وحقوق العقد » ساقطة من ح .

(٤) هكذا في ب . وفي ح : « فمأقضى » . وفي الأصل : « رضى » .

(٥) « إلا » من ب و ح .

(٦) في ب : « لم يلزمهما ولم يصيرا » .

(٧) في ب : « يخاصم » .

(٨) في ح : « فمأقضى » .

(٩) في ب : « فمأقضى له عليه به » .

(١٠) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « يبيع » .

التصرف ، لأن حكم العقد وقع للموكل ، والعاقد ليس من أهل لزوم
العهد^(١) ، فيقوم مقامه في مباشرة التصرف لا غير ، بمنزلة^(٢) الرسول
والوكيل في النكاح .

• • •

وأما البراءة عن العيوب - فنقول < :

جملة^(٣) هذا أنه إذا باع شيئاً على أن البائع يرى عن كل عيب ،
فعم ولم يخص شيئاً^(٤) من العيوب ، فإن البيع جائز ، والشرط جائز ، في
قول علمائنا - حتى لو وجد المشتري به عيباً فأراد أن يرده ، فليس له ذلك .
وقال الشافعي : البراءة عن كل عيب لا يصح ، ما لم يسم العيب
بقول : « عن عيب كذا » ،

وكذلك على هذا الخلاف البراءة^(٥) ، والصلح عن الديون المجهولة^(٦) .
وإذا لم يصح البراءة عن كل عيب عنده - هل يفسد العقد به أم لا ؟
فله فيه^(٧) قولان :

في قول : يبطل العقد أيضاً .

وفي قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط .

(١) في ح : « العقد » .

(٢) في ح : « فيصير بمنزلة » .

(٣) هكذا في ح . وفي الأصل و ب : « جملة » .

(٤) في ح كذا : « عن كل بيع يسم ولم يبين شيئاً » .

(٥) في ح : « والبراءة » .

(٦) في ح : « الدين المجهول » .

(٧) « فيه » من ب و ح .

وقال ابن أبي لبى : ما لم يعين العيب ، ويضع يده على العيب ، ويقول : « أبرأتك عن هذا العيب » فإنه لا يصح الإبراء .

ثم إذا صح هذا الشرط ، عندنا - يبرأ عن كل عيب من العيوب ، الظاهرة والباطنة ، لأن اسم العيب يقع ^(١) على الكل .

فأما إذا قال : « أبرأتك عن كل داء » : روى عن أبي يوسف أنه يقع على كل عيب ظاهر . دون الباطن .

وروى الحسن عن أبي حنيفة على عكسه : أنه يقع على كل عيب باطن ، والعيب الظاهر يسمى مرضاً ^(٢) .

ولو أبرأ البائع عن كل غائبة : روى عن أبي يوسف أنه يقع على السرقة . والأباق ، والفجور ، وما كان من فعل الإنسان مما يعد عيباً عند التجار . ثم اتفق علماؤنا على أنه يدخل تحت البراءة المطلقة . العيب الموجود وقت البيع .

واختلفوا في العيب الحادث بعد البيع قبل القبض ؟ قال أبو يوسف : يدخل تحت البراءة ، حتى لا يملك المشتري الرد بالعيب الحادث .

وقال محمد : لا يدخل ، حتى يملك الرد بذلك العيب . وهذا فرع مسألة أخرى ، وهي ^(٣) أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل

(١) « يقع » من ب و ح .

(٢) في ح : « يسمى مرضاً » . وفي ب : « يسمى رضا » .

(٣) في ب و ح : « وهو » .

عيب يحدث بعد البيع قبل القبض ، هل يصح هذا الشرط أم لا (١) ؟
عند أبي يوسف : يصح . وعند (٢) محمد : لا يصح - فلما صحت البراءة
عن العيب الحادث حالة التنصيص ، فكذا في حالة الإيطلاق عن كل
عيب ، فيدخل تحته (٣) الحادث بعد البيع قبل القبض ، فلما كانت
البراءة عن العيب الحادث بعد البيع قبل القبض ، لا تصح عند محمد حالة
التنصيص ، لحالة الإيطلاق أولى .

ثم ما ذكرنا من الجواب ، فيما إذا قال : « أبرأتك عن كل
عيب مطلقاً » .

فأما إذا قال : « أبعتك على أنى برىء من كل عيب به » لم يدخل في
ذلك العيب الحادث ، فى قولهم جميعاً ، لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصها
بالموجود القائم عند العقد ، دون غيره .

ولو قال : « على أنى برىء من كل (٤) عيب كذا » وسمى ضرباً
من العيوب أو ضربين ، لم يبرأ من غير ذلك النوع ، مثل أن يبرأ من
القروح أو (٥) السكى ، ونحو ذلك لأنه أسقط الحق من نوع خاص (٦) .
ولو كانت البراءة عامة ، فاختلفا (٧) فى عيب ، فقال البائع : « كاذبه يوم

(١) « أم لا » من ح .

(٢) « يصح وعند » من ب و ح . وفى الأصل : « عند أبي يوسف ومحمد » .

(٣) فى ح : « تحت » .

(٤) « كل » ليست فى ب .

(٥) فى ب : « و » .

(٦) « ونحو ... خاص » من ب و فى ح : « وغير ذلك ... عن نوع خاص » .

(٧) فى ح : « واختلفا » .

المعقد ، وقال المشتري : « بل حدث قبل القبض » ، فالقول قول البائع عند أبي يوسف وعند محمد ^(١) ، لأن البراءة عامة ، فإذا ادعى المشتري حدوث عيب فيريد ^(٢) إبطال العموم ، فلا ^(٣) يبطل قوله إلا بيته .
وقال زفر والحسن : القول قول المشتري ، لأن الأصل هو ثبوت الحق ، والمشتري هو المبرئ ، فيكون القول قوله في ^(٤) مقدار البراءة . ولو كانت البراءة من عيب خاص سماه المشتري ثم اختلفا فقال ^(٥) البائع : « كان بها ^(٦) » وقال المشتري : « حدث قبل القبض » - فالقول قول ^(٧) المشتري عند محمد ، ولم يثبت عن أبي يوسف قول ، لأن ^(٨) هذه البراءة خاصة ، فالقول فيها ^(٩) قول المشتري ، كما في البراءة عن دين ^(١٠) خاص ^(١١) .

(١) في ب و ح : « عند أبي يوسف ومحمد » .

(٢) في ح : « ويريد » .

(٣) في ح : « ولا » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٥) في ح : « ... البراءة عن كل عيب بها ما اختلفا فقال ... » .

(٦) أي يوم المعقد .

(٧) « قول » من ب و ح .

(٨) في الأصل : « قوله » - وفي هامش الأصل : « كتب » عند أبي يوسف « فتكون السارة إذا أخذنا بما في هامش الأصل : « ولم يثبت عند أبي يوسف قوله لأن » وفي ب : « ولم يثبت عند أبي يوسف لأن » . وفي ح : « ولم يثبت وعند أبي يوسف القول قوله لأن هذه » .

(٩) « فيها » ليست في ب .

(١٠) في ح : « كل دين » .

(١١) زاد في ح : « والله أعلم » ، وفي ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

البيع فانه والمراجه

وغير ذلك

في الباب^(١) فصول :

بيان المراجه ،

وبيان الاقالة .

وبيان حكم الاستبراء^(٢) .

وبيان جواز التفريق بين ذوى الرحم المحرم ، وتحريمه في البيع^(٣) .

أما الاول - فنقول :

البيع في حق البدل ينقسم خمسة أقسام :

بيع المساومه - وهو البيع بأى ثمن اتفق ، وهو المعتاد .

والثاني - بيع المراجه : وهو تملك المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح .

والثالث - بيع التوايه : وهو تملك المبيع بمثل الثمن الاول من غير

زيادة ولا نقصان .

(١) فى الاصل : « قال الشيخ رحمه الله : فى الباب » .

(٢) استبراء الجارية : طاب براءة زوجها من الحمل (المنرب) .

(٣) فى ح : « فى المبيع » .

والرابع - الاِشراك^(١) : وهو بيع التولية في بعض^(٢) المبيع ، من^(٣) النصف والثلث وغير ذلك^(٤) .

والخامس - بيع الوضعية : وهو تملك المبيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه^(٥) .

ثم الأصل في بيع المراجعة أنه مبنى على الاِثْمَانَة ، فإنه يبيع بالثمن الأول ، بقول البائع ، من غير بينة ولا استحلاف ، فيجب صيافته عن حقيقة الحيانة وشبهها^(٦) فإذا ظهرت الحيانة يجب رده . كالشاهد^(٧) : يجب قبول قوله ، فإذا ظهرت الحيانة يرد قوله - كذا هذا . إذا ثبت هذا فنقول :

إذا باع شيئاً ، مراجعة ، على الثمن الأول ، فلا يخلو : إما أن يكون الثمن من ذوات الاِثْمَال ، كالدراهم والدنانير ، والمكيل ، والموزون ، والمعدود^(٨) المتقارب ، أو يكون من الأعداد المتفاوتة ، مثل العبيد والدور والثياب والرمان والبطاطيخ ونحوها .

(١) كذا في الكسائي (١٩: ٢٢٦: ٥) . وفي الأصل و ب و ح : « الاشتراك » .

(٢) « بعض » من ب و ح . وفي الأصل : « بيع » .

(٣) في ح : « في » .

(٤) « والثلث وغير ذلك » ليست في ح .

(٥) في ب : « نقصان يسير منه » ، وفي ح : « نقصان شيء من ثمن » .

(٦) في ح : « وشبهتها » .

(٧) في ب : « كما في الشاهد » .

(٨) في ب و ح : « والبددي » .

أما إذا كان الثمن الأول مثلياً فباعه مرابحة على الثمن الأول وزيادة ربح : فيجوز ، سواء كان الربح من جنس الثمن الأول أو لم يكن . بعد أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً ، نحو الدرهم ، والخمسة ^(١) ، وثوب مشار إليه ، أو دينار ، لأن الثمن الأول معلوم ، والربح معلوم .

فأما إذا كان الثمن الأول لا مثل له ، فإن أراد ^(٢) أن يبيعه مرابحة عليه ، فهذا على وجهين : إما أن يبيعه مرابحة ممن كان العرض ^(٣) في يده وملكه ، أو من غيره .

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده ، لا يجوز ، لأنه لا يخالو : إما أن يبيعه مرابحة بذلك العرض ^(٤) أو بقيته - ولا وجه للأول ، لأن العرض ^(٥) ليس في ملك من يبيعه منه ، ولا وجه أن يبيعه مرابحة ، بقيته ، لأن القيمة تعرف بالحزر والظن ، فيتمكن فيه شبهة الخيانة ^(٦) . وأما إذا أراد أن يبيعه ، مرابحة ^(٧) ، ممن كان العرض في يده ، وملكه ^(٨) - فهذا على وجهين :

إن قال : « أبيعك ، مرابحة ، بالثوب الذي في يدك وربح ^(٩) عشرة

(١) في ب : « الدراهم » فقط . وفي ح : « الدراهم الخمسة » .

(٢) في ح : « وأراد » . وفي ب : « فأراد » .

(٣-٥) في ح : « العوض » .

(٦) في ح : « الخيار » .

(٧) « بقيته لأن القيمة تعرف ... يبيعه مرابحة » ليست في ب .

(٨) « وملكه » ليست في ب و ح . وفي ح : « ممن كان العوض في يده » .

(٩) هكذا في ب . وفي ح : « وربح » . وفي الأصل : « وربح » .

دراهم، جاز، لأنه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم، وهي معلومة.
 وإن قال: «أبيعك بذلك»^(١) الثوب بربح^(٢) ده يازده^(٣)، فإنه
 لا يجوز، لأن تسمية بربح^(٤) «ده يازده» أو «أحد عشر» يقتضى أن يكون
 الربح من جنس رأس المال، لأنه لا يكون أحد عشر^(٥) إلا وأن
 يكون الحادى عشر من جنس العشرة < ف > صار كأنه باع بالثمن^(٦)
 الأول وهو الثوب، وبجزء^(٧) من جنس الأول. والثوب لا مثل له
 من^(٨) جنسه.

ثم فى^(٩) بيع المراجعة، يعتبر رأس المال، وهو الثمن الأول،
 < أى > ما ملك المبيع به، ووجب^(١٠) بالعقد، دون ما نقده^(١١)، بدلا
 عن الأول - بيانه :

إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم، ثم أعطى عنها ديناراً، أو ثوباً بقيمته
 عشرة دراهم^(١٢) أو أقل أو أكثر، فإن رأس المال هو العشرة المسماة

(١) «بذلك» ليست فى ب. وفى ب: «ذلك».

(٢) «ربح» ليست فى ب.

(٣) معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر، أى كل عشرة ربهما واحد (ابن المهم، فتح
 القدير ٥: ٢٥٤).

(٤) «ربح» ليست فى ب و ح. وفى ح: «تسميته: ده يازده».

(٥) فى ب: «لأنه لا يكون الربح من جنس رأس المال لأنه لا يكون أحد عشر...»

(٦) فى ب: «الثلث».

(٧) فى ب: «بجزء».

(٨) فى ح: «فى».

(٩) «فى» من ب.

(١٠) فى ب و ح: «وجب».

(١١) فى ح: «دون ما يبدده». وفى ب كذا: «دون ما يفسده».

(١٢) «دراهم» من ب و ح.

في (١) العقد، دون الدينار (٢) والثوب، لأن هذا يجب بعقد آخر، وهو الاستبدال (٣).

وكذلك من اشترى ثوباً بعشرة، وهي خلاف نقد البلد، ثم قال لآخر: «أبيعك هذا الثوب بربح درهم» لزمه عشرة مثل التي وجبت (٤) بالعقد. وإن كان يخالف نقد البلد، والربح يكون من نقد البلد، لأنه أطلق الربح، فبقع على نقد البلد (٥).

ولو نسب الربح إلى رأس المال فقال: «أبيعك بربح العشرة» أو: ده يازده - أو - بربح أحد (٦) عشر «فالربح من جنس الثمن الأول، لأنه جعله جزءاً منه، فكان على صفته.

ولو اشترى ثوباً، بعشرة دراهم جياد، ثم إنه دفع إلى البائع عشرة دراهم، بعضها جياد وبعضها زيوف، وتجاوز بذلك البائع (٧)، ثم أراد أن يبيعه مرايحة، جازله أن يبيعه مرايحة (٨) على العشرة الجياد، من غير بيان، لأن المسمى المضمون بالعقد هو الجياد، لكن جعل الرديئة بدلا عن الأول، بعقد آخر.

(١) «في» من ب. وفي الأصل: «من» وفي ح: «و».

(٢) كذا في ب و ح. وفي الأصل: «دنانير».

(٣) في ح كذا: «الاستبدال».

(٤) كذا في ب. وفي الأصل: «وجب» وفي ح: «الذي وجب».

(٥) «والربح يكون... البلد» من ب و ح.

(٦) كذا في ب و ح. وفي الأصل: «أحد عشرة».

(٧) «البائع» من ب و ح.

(٨) «جازله... مرايحة» ليست في ب.

ولو اشترى ثوباً بعشرة ، نسيئة ، فباعه مرابحة على العشرة ، وبيّن أنه اشتراه بها نسيئة ، لا يكره ، لأنه لم يوجد الحيانة ، حيث أعلم^(١) المشتري بذلك ورضى به . فأما إذا باع مرابحة على العشرة ، من غير بيان النسيئة ، فإنه يكره ، والبيع جائز ، والمشتري الخيار إذا علم ، لأنه وجد الغرور والحيانة ، لأن المشتري إما اشتراه مرابحة على العشرة ، على تقدير أن الثمن في البيع الأول عشرة^(٢) بطريق النقد ، ويختلف ثمن المبيع بين النسيئة والنقد ، فيثبت له الخيار ، كما لو اشترى برقه ، ثم علم^(٣) في المجلس : يثبت له الخيار - كذا هذا ، بخلاف ما إذا باعه مساومة ، بأكثر من قيمته ، ثم علم المشتري بأنه اشترى بأقل من ذلك : لا يكون له الخيار ، لأن المشتري لم يصّر مغروراً من جهته .

ولو قال : إن قيمته كذا ، وهو أكثر من قيمته ، والمشتري لا يعرف قيمة الأشياء ، و^(٤) اشتراه بناء على قول البائع ، فإنه يكون له الخيار ، لأنه يصير غاراً . أما إذا كان عالماً بالقيمة ، واشتراه بأكثر من ذلك ، لغرض له في ذلك ، فلا بأس به ، وأصحابنا يفتون في المغبون : أنه^(٥) لا يرد ، ولكن هذا في مغبون لم يغر ، أما في^(٦) مغبون غرّ > فـ يكون

(١) في ح : « علم » .

(٢) في ب و ح : « كان عشرة » .

(٣) في ب : « أعلم » .

(٤) في ح : « أو » .

(٥) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « بالمغنون لأنه » .

(٦) في « من ب » .

له حق الرد ، استدلالاً بمسألة المراجعة في النسيئة .

ولو اشترى بدين له على رجل ، فله أن يبيعه مراجعة من غير بيان ،
لأنه اشترى بدين له (١) ذمته ، لأن الدين لا يتعين ثمنه .

وإن أخذ ثوباً صالحاً من دين له على رجل ، ليس له أن يبيعه مراجعة
على ذلك الدين ، لأن مبنى الصالح على الخط .

ولو اشترى ثوباً بمشرة ، ثم رقه بأكثر من الثمن . وهو قيمته بأن (٢)
كان قيمته أكثر من ذلك ثم باعه مراجعة (٣) على الرقم ، جاز ، ولا يكون
خيانة ، لأنه باع المبيع من غير خيانه ، حيث (٤) ذكر الرقم . ولكن
هذا إذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير والثمن غير .
وأما إذا كان عنده أن المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء : فإنه يكون
خيانة ، وله الخيار (٥) .

وكذا لو ملك شيئاً بالميراث (٦) ، أو الهبة ، فقومه رجل عدل بقيمة (٧)
عدل ، ثم باعه مراجعة على قيمته ، وهي كذا (٨) : لا بأس به ، لأنه صادق
في مقاله .

(١) « في » من ب و ح .

(٢) في ح : « إن » . وانظر الهامش التالي .

(٣) في ب : « ولو اشترى ثوباً بمشرة وهو قيمته ، أو كان قيمته أكثر من ذلك ، ثم رقه
بأكثر من الثمن وهو قيمته ثم باعه مراجعة ... الخ » .

(٤) « حيث » ليست في ب .

(٥) في ب : « فإنه يكون له الخيار » .

(٦) في ب : « من الميراث » .

(٧) في ب : « قيمة » .

(٨) في ح : « وهكذا » بدلاً من : « وهي كذا » .

ولو اشترى شيئاً بعشرة دراهم^(١)، فقال^(٢) لرجل آخر: «اشترت هذا باثني عشر وأيمعك مرابحة بربح درهم، ثم ظهر أن الثمن الأول كان عشرة، إما بإقرار البائع أو بالينة:

قال أبو حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما: لا يحط قدر الحيانة من الثمن، ولكن يتخير المشتري: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء رضى به بجميع الثمن. وقال أبو يوسف بأنه يحط قدر الحيانة، وحصته من الربح، ويكون العقد لازماً بالباقي من الثمن: فيحط عنه درهمان، <وحصتهما>^(٣) من الربح، وذلك^(٤) سدس درهم.

هذا في بيع المrabحة.

فأما إذا خان^(٥) في بيع التولية: <فقد> قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحط^(٦) قدر الحيانة، ويلزم البيع، بالثمن الباقي، بلا خيار. وقال محمد بأنه لا^(٧) يحط قدر الحيانة، لكن يتخير المشتري ما دام المبيع^(٨) قائماً، فإذا هلك سقط خياره.

(١) «دراهم» ليست في ب و ح.

(٢) في ح: «وقال».

(٣) في الأصل: «وحصتها». وفي ب و ح: «وحصته».

(٤) هكذا في ب. وفي الأصل و ح: «فذلك».

(٥) «خان» من ح. وفي الأصل و ب: «كان».

(٦) هكذا في ب. وفي الأصل و ح: «يحط عنه». وهنا في ب مكرر.

(٧) «لا» من ب و ح.

(٨) في ح: «البيع».

فأبو يوسف سوى بين التولية والمرا بحة، وقال : يحط قدر الحيانة فيهما، ويلزم العقد ، بالباقي ، فيهما ^(١) . ومحمد سوى بينهما وقال : لا يحط قدر الحيانة فيهما . ويثبت له الخيار . وأبو حنيفة فرق فقال : يحط قدر الحيانة في التولية ، ولا يحط في المراهجة .

. . .

ثم الأصل أن كل نفقة ومثونة حصلت في السلعة ، وأوجب زيادة في المعقود عليه ، إما من حيث العين ^(٢) أو من حيث القيمة ، وكان ^(٣) ذلك معتادا إلحاقه برأس المال عند التجار : فإنه يلحق ^(٤) برأس المال ، كأجرة القصارة ، والحياطة ، والكراء ، وطعام الرقيق وكسوتهم ، وعلف الدواب وثيابهم ؛ ونحو ذلك ، وبينه ^(٥) مراهجة عليه ، ولا يقول عند البيع « إن غنه كذا » ولكن يقول « يقوم على بكذا فأبيعك على هذا مع ربح كذا » حتى لا يكون كاذبا في كلامه .

أما أجرة تعليم القرآن والأدب والشعر والحرف ، فإنها لا تلحق ^(٦)

(١) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « فيها » .

(٢) « العين » من ب و ح . وفي الأصل كذا : « من حيث الغير المعنى » - انظر : المرغيناني ، الهداية ، ٥ : ٢٥٥ .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « فكان » - راجع في ذلك : الكاساني ، ٥ : ٢٢٣ ؛ ١٣ . والمرغيناني ، الهداية ، ٥ : ٢٥٥ ، وابن الهمام ، فتح القدير ، ٥ : ٢٥٥ نقلا عن الإيضاح : « والمعنى المتعمد عليه عادة التجار » .

(٤) في ب : « ملحق » .

(٥) في ب : « بنيه » .

(٦) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فإنه لا يلحق » .

برأس المال وإن أوجبت زيادة في القيمة ، لأنها ليست بمتمارفة عند التجار .
وكذا أجرة الطيب ، وثمر الدواء ، وأجرة الفصاد ، والحجام ^(١) ،
وأجرة الختان ، والبزاع ، وأجرة الرائض والراعى ، وجمل الآبق ، لأن
عادة التجار هكذا .

وأما أجرة السمسارة : < ف > في ظاهر الرواية : يلحق ^(٢) برأس المال ،
وفي البرامكة ^(٣) : قال : لا يلحق .

•
•
•
وأما الرواقية

فشروعة ^(٤) ، لقوله عليه السلام : « من أقال نادما بيعته » ^(٥) ،
أقال ^(٦) الله عثرته يوم القيامة .
ثم اختلفوا فيها :

قال أبو حنيفة : هي فسخ في حق المتعاقدين ، يبيع جديد في حق
الثالث ، حتى إن من اشترى دارا ، ولها شفيع ، فسلم الشفعة ، ثم أقالا
البيع فيها - فإنه يثبت للشفيع الشفعة ثانيا ، لأنها عقد جديد ، في
حق الشفيع .

(١) « والحجام » ليست في ح .

(٢) في ح : « ملحق » . وفي ب : « أنه ملحق » .

(٣) في ب : « وفي رواية قال : لا يلحق » . وفي ح : « وفي البرامكة » . وفي ابن

المهم (٥ : ٢٥٥) : « وفي جامع البرامكة : لا تنضم » .

(٤) الفاء من ب .

(٥) « بيعته » ليست في ح .

(٦) في ب : « أقاله » .

وقال محمد : الإقالة فسخ ، إلا إذا كان لا يمكن أن تجعل فسخا ، فتجعل بيعا جديدا .

وقال أبو يوسف : هي بيع جديد ما أمكن ، فإن لم يمكن ^(١) : تجعل فسخا - بأن كانت الإقالة قبل قبض المبيع ، وهو منقول : < فإنها > تجعل فسخا ، لأن بيع المنقول ، قبل القبض ، لا يجوز ؛ حتى إذا كان المبيع دارا ، وأقالا ^(٢) قبل القبض ، يكون بيعا ، لأن بيع العقار المبيع ، قبل القبض ، جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .
وقال زفر : هي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ، حتى لا يقول بثبوت الشفعة كما قال أبو حنيفة .

ويبنى على هذا أنهما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول ، أو بأقل ^(٣) ، أو بجنس آخر ، أو أجل الثمن في الإقالة : < ف > على قول أبي حنيفة : تصبح الإقالة بالثمن ^(٤) الأول ، ويبطل ^(٥) ما شرطاه ، لأنها فسخ في حق المتعاقدين ، والفسخ يكون بالثمن الأول ، ويبطل الشرط الفاسد . وهو قول زفر ، لأنها فسخ محض . في حق الناس كافة .
وعلى قول الشافعي : الإقالة باطلة ^(٦) ههنا ، < لانهما > ^(٧) أدخلها

(١) في ح : « فإن لم يجد » .

(٢) في ح : « أو أقالا البيع » .

(٣) كذا في ح . وفي الأصل وب : « أقل » .

(٤) في ح : « لا تصبح الإقالة إلا بالثمن » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل وح : « وبطل » .

(٦) في ب : « الإقالة بيع باطل » .

(٧) في الأصل : « لأنها » . وانظر الهامش التالي .

فيها شرطاً^(١) فاسداً ، فهي كالبيع .

وقال محمد^(٢) : إن كانت الإقالة بغير الثمن الأول ، أو بأكثر منه - فهي بيع . وإن كانت بمثل الثمن الأول ، أو أقل - فهي فسخ بالثمن ، ويبطل شرط النقضان ، وكذلك إن أجل يبطل الأجل^(٣) .
وعلى قول أبي يوسف يصح بما^(٤) < ذكرنا >^(٥) من الثمن ، وشرطاً به من^(٦) الزيادة والنقصان والأجل ، لأنها بيع جديد ما أمكن ، وهو ممكن^(٧) .

. . .

وأما^(٨) بيان حكم الاستبراء^(٩) - فنقول :

الاستبراء مشروع .

وهو نوعان : مندوب وواجب .

فالاستبراء المندوب إليه - هو^(١٠) أن الرجل إذا وطئ عجارتها ثم أراد

بيعها ، يستحب له أن يستبرئها بحبضة ، ثم يبيعها ، عند عامة العلماء .

(١) في ح : « لأنه أدخل شرطاً » . وفي ب : « لأنه أدخل فيها شرطاً » .

(٢) « محمد » من ب و ح .

(٣) « الأجل » من ب و ح .

(٤) « بما » من ب . وفي ح : « لا » . وفي الأصل : « ما » .

(٥) في الأصل و ب و ح : « ذكرنا » .

(٦) في ب : « وشرطاً من » . وفي ح : « وشرطاً في » .

(٧) « وهو ممكن » ليست في ب . وفي ح : « هو ممكن » .

(٨) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فصل في الاستبراء - وأما ... » .

(٩) استبراء الجارية طلب براءة زوجها من الحمل (المقرب) .

(١٠) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « وهو » .

وقال مالك : واجب ، لأن احتمال العلوق منه قائم ، فيجب عليه صيانة مائه عن الضياع .

ولكن عندنا : لا^(١) يجب ، لأن سبب الوجوب لم يوجد ، على ما نذكر^(٢) .
وأما الاستبراء الواجب - فهو الاستبراء على من^(٣) يحدث له ملك الاستمتاع بملك اليمين ، بأى^(٤) سبب كان ، من السبي ، والشراء ، والهبة ، والوصية ، والميراث ، ونحوها .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال في سبايا أوطاس^(٥) :
« ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى حتى يستبرئن بحبضة »^(٦) - أوجب الاستبراء على السباي ، والسبي سبب حدوث ملك الاستمتاع بملك اليمين^(٧) ، فيكون نصا في كل ما هو^(٨) سبب حل الاستمتاع بملك اليمين ، دلالة^(٩) .

. . .

(١) « لا » ساقطة من ب .

(٢) فى ح : « على ما ذكرنا » .

(٣) فى ح : « ما » .

(٤) فى ب : « ملك الاستمتاع وسبب ملك اليمين بأى » .

(٥) أوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم (المغرب) .

(٦) الحديث فى ح كذا : « ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، والحبالى حتى يستبرئن بحبضة » .

والحبالى « جمع الحائل وهى التى لا حمل لها . وقيل : إنما قيل الحبالى لتزواج الحبالى ، والقياس أن يقال : الحوائل ، لأنها جمع حائل ، ونظيره الفدايا والمشايا والقياس الفدوات » سعدى جاي (١١١ : ٨) نقلا عن شرح الكاكي .

(٧) فى ب : « اليمين دلالة » - راجع الهامش ٩ الآتى .

(٨) « ما هو » من ب . وفى الأصل : « فى كل سبب وهو سبب حل ... » . وفى ح :

« نصا فى ملك سبب هو بسبب بل الاستمتاع .. » .

(٩) « دلالة » ليست فى ب . راجع الهامشين ٨ و ٧ السابقين .

ثم مقرر مدة الاستبراء هي : الحيضة في حق ذوات الأقرء ، وفي حق ذوات الأشهر شهر واحد. لأن الاستبراء إنما يجب صيانة للماء ، كي لا يختلط ماؤه بماء غيره ، فلا بد له من المدة. وأقل المدة هذا^(١) .

وإن كانت الجارية تمتدة الطهر ، بأن كانت شابة لا تحيض ، فإن استبراءها لا يكون بشهر واحد^(٢) كما في الآيسة ؛ واختلف العلماء في مدة استبراءها حتى يباح للمشتري وطؤها عند مضيا :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يطأها حتى يمضي عليها مدة لو كانت حاملا لظهر آثار الحمل. من انتفاخ البطن وغيره ، وذلك ثلاثة أشهر وما زاد عليه .

وقال محمد أولا بأنه لا يطأها حتى يمضي عليها^(٣) أربعة أشهر وعشرة أيام ؛ ثم رجع وقال : شهران^(٤) وخمسة أيام . وقال زفر : لا يطأها حتى تمضي سنتان .

ثم^(٥) ما لم تمض مدة الاستبراء : لا يحل للمالك أن يطأها ، وأن يقبلها ويمسها^(٦) لشهوة ، وأن ينظر إلى عورتها ، بالنص الذي روينا ، وبالمعنى

(١) « لأن الاستبراء . . . المدة هذا » من و . ه . غير أنه في حقه قد تقدمت على هذه العبارة العبارة التالية وهي « ولأن كانت الجارية تمتدة الطهر بأن كانت شابة لا تحيض » والظاهر أنه سبق قلم من الناسخ .

(٢) في ح : « لا يكون للأشهر واحدا » وهو خطأ كما هو ظاهر مما يلي .

(٣) « عليها » من ح .

(٤) في ح : « شهرا » .

(٥) « ثم » ليست في ح .

(٦) في ح : « وأن يمسا » . وفي ب : « أو يقبها أو يمسا » .

الذى ذكرنا من صيانة الماء ، وسواء وطئها البائع أو لا ، أو كان بائعها^(١) ممن لا يطؤها ، كالمرأة والصبي ، لأن احتمال^(٢) الوطء من غيره قائم .

ثم إننا يعتبر الاستبراء بعد القبض ، حتى لو مضت مدة الاستبراء بعد البيع ، قبل القبض ، ثم قبضها - يجب الاستبراء .

هذا هو المشهور من مذهب أصحابنا جميعا .

وروى عن أبي يوسف أنه يجزيه الاستبراء قبل القبض .

ولو اشترى جارية حاملا ، فوضعت الحمل ، بعد القبض - يباح الوطء ، لأن وضع الحمل ، في كونه دليلا على براءة الرحم ، فوق القرء^(٣) .

وإن كان الوضع قبل القبض : <ف> لا عبرة به ، لما ذكرنا أنه إنما يجب بسبب حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين ، وإنما يحل الوطء بعد القبض ، فلا يجب قبل وجود سبب الوجوب .

وعلى هذا : إذا اشترى جارية لها زوج ، وقبضها ، وطلقها^(٤) زوجها قبل الدخول بها^(٥) ، فلا استبراء عليه ، لأن السبب غير موجب الاستبراء عند القبض ، بسبب كونها حلالا للزوج ، فلا يجب^(٦) بعد ذلك .

وعلى هذا : إذا اشترىها ، وهي معتدة من زوج ، فانقضت^(٧) عدتها بعد

(١) في ب : « بائعها » .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « لا احتمال » .

(٣) « فوق القرء » ليست في ب .

(٤) في ب و ح : « فطلقها » .

(٥) « بها » من ب .

(٦) « يجب » من ب و ح . وفي الأصل : « فلا يحل » .

(٧) في ح : « وانقضت » .

القبض ، لأنها لا تجب حال وجود السبب ، المانع ^(١) ، فلا ^(٢) يجب بعد ذلك . ولو انقضت العدة ، قبل القبض ، يجب الاستبراء بعد القبض ، لما قلنا .

ولو حرم فرج الأمة على مولاهما ، على وجه لا يخرج عن ملكه ، المانع ، بعدما كان حلالا ، واستبرأها بعد القبض ، ثم زال ذلك المانع ، بعد الشراء ^(٣) - حل ^(٤) الوطء ، ولا ^(٥) استبراء عليه ، كما إذا كانتا فتعجز ^(٦) ، أو زوجها ^(٧) فيطلقها ^(٨) الزوج قبل الدخول ، أو رتد ^(٩) عن الإسلام ثم تسلم ^(١٠) ، أو أحرمت بالحج بإذن سيدها ثم حلت ، لأن هذا تحريم ^(١١) عارض ، مع بقاء الملك المبيح ، فلا يمنع صحة الاستبراء ^(١٢) ، فصار كما لو حاضت ثم طهرت .

ولو اشترى أمة مجوسية أو مسلمة ، فكاتبها ، قبل أن يستبرئها ، أو

(١) في ح : « وجوب السبب بمانع » .

(٢) « فلا » من ب و ح .

(٣) « بعد الشراء » ليست في ب و ح .

(٤) في ح : « وحل » راجع للمأخوذ السابق .

(٥) في ب و ح : « فلا » .

(٦) في ب : « فجزت » . وفي ح كذا : « فبعجزه » .

(٧) في ح : « زوجها » .

(٨) في ب : « فطلقها » .

(٩) في ب : « ارتد » .

(١٠) في ب : « أسلم » . وفي ح : « يسلم » .

(١١) في ح : « المحرم » .

(١٢) « فلا يمنع صحة الاستبراء » ليست في ح .

اشترى جارية محرمة ، فحاضت في حال كتابتها و^(١)مجوسيتها ، وحال إحرامها بعد القبض ، ثم عجزت المكاتب^(٢) ، وأسلمت المجوسية ، وحلت المحرمة عن الإحرام : فإنه يجزى^(٣) بتلك الحيضة من^(٤) الاستبراء ، لأنها وجدت بعد وجود سبب الاستبراء ، وهو حدوث ملك اليمين الموجب للملك الاستمتاع ، إلا أنه لا يحل الاستيفاء لما منع ، وهذا لا يمنع من الاعتداد كالحيض^(٥) ، بخلاف ما إذا اشترى جارية يبعاً ، فاسداً ، وقبضها ، ثم حاضت حيضة ، ثم اشتراها بعد ذلك ، شراء صحيحاً ، حيث لا يعتد بتلك الحيضة عن الاستبراء ، لأن الشراء^(٦) الفاسد لا يوجب ملك الاستمتاع ، وإن اتصل به القبض .

وأما التفريق بين الصغير وبين ذوى الأورحام المجتمع في الملك - فنقول : لا خلاف أن التفريق في الولاد مكروه ، كالتفريق بين الأب وابنه ، ونحو ذلك .

وأما فيمن سواهم من ذوى^(٧) الرحم المحرم ، كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فإنه يكره التفريق أيضاً . عندنا - خلافاً للشافعي .

(١) في ح : « أو » .

(٢) « المكاتب » من ب .

(٣) في ب : « يجزى » . وفي ح : « يجزى » .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) « كالحيض » ليست في ب .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل ح : « شراء » .

(٧) في ب : « وأما من سواهم من ذى » .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « من فرق بين والدته وولدها ، فرق الله بينه وبين الجنة »^(١) - وذوو^(٢) الأرحام ملحقة بالولاد ، في باب المحرمات^(٣) ، احتياطاً لحرمة^(٤) النكاح .
وقال الشافعي : لا يلحق ذوو الأرحام بالولاد ، كما في العتق والنفقة^(٥) .

وإنما يباح التفريق بعد البلوغ .

وقال الشافعي : إذا بلغ سبع سنين جاز التفريق .
والصحيح قولنا ، لما روى الدارقطني بإسناده عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يجمع »^(٦) عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية .

ثم متى فرق بينهما بالبيع ، جاز ، مع الكراهة - عندنا .
وقال الشافعي : البيع باطل .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : في الولاد : البيع باطل ، و^(٧) في غيرهم : « جائز »^(٨) مع الكراهة .

وهذا بناء على أن النهي عن المشروع يقتضي بطلان التصرف عند

(١) في ب : « بينه وبين من أحب وبين الجنة » .

(٢) في الأصل وغيره : « وذوى » .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل و ه : « المحرمات » .

(٤) « الحرمة » ليست في ب . وفي ه : « كحرمة » .

(٥) « وقال الشافعي ... والنفقة » من ب . وفي ه : « والشافعي لا يلحق ذوى ... التبع » .

(٦) في ب يشبه أن يكون : « لا يجمع » .

(٧) « و » ليست في ب .

(٨) وفي الأصل و ب و ه : « جاز » .

الشافعي ، وعندنا بخلافه ، لكن هذا انتهى ^(١) لمعنى فى غيره ، بمنزلة البيع وقت النداء .

وإذا اجتمع مع الصغير ^(٢) عدد من أقربائه ، من الرحم المحرم ^(٣) فى ملك واحد :

فمن أبى يوسف روايتان : فى رواية بشر أنه لا يفرق بينه وبين واحد منهم ، اختلفت جهات قرابتهم كالعمة والحالة ، أو اتفقت كالعمين والحالين والأخوين . وكذا لا يفرق بينه وبين الأبعد ^(٤) ، وإن وجد الأقرب ^(٥) - حتى إذا اجتمع مع الصغير أبواه وجداه ^(٦) : لم يفرق بينه وبين الجدین ، لأن لكل شخص شفقة على حدة ^(٧) .

وفى رواية ابن سماعه عنه أنه يجوز التفريق بين ^(٨) الصغير وبين الأبعد إذا وجد من هو أقرب منه .

وذكر محمد فى الزيادات : إذا اجتمع مع الصغير أبواه ^(٩) : لم يفرق بينه وبين واحد منهما ^(١٠) ، وجاز أن يفرق بينه وبين من سواهما ، معها .

(١) « عن المتروك ... نهي » ليست فى ب .

(٢) فى ح : « الصبي » .

(٣) « المحرم » ليست فى ح .

(٤) « اختلفت جهات ... الأبعد » ليست فى ب .

(٥) « ولأن وجد الأقرب » من ب و ح . ومكانها فى الأصل بياض .

(٦) « وجداه » من ب . وفى ح : « أو جداه » .

(٧) « الجدین لأن ... حدة » من ب و ح . ومكانها فى الأصل بياض .

(٨) فى ح : « من » .

(٩) « أبواه » ليست فى ب .

(١٠) فى ح : « منهم » .

وإذا اجتمعت القرباب غير الأب والأم :
فإن كانت من جهات مختلفة، كأن الأب وأم الأم^(١)، والحالة العامة:
لم يفرق بينه وبين واحد منهم .
وإن كانوا من جهة واحدة، كالإخوة، أو العمة، أو الخالات^(٢) :
جاز بيعهم، من غير كراهة، إلا يبيع واحد منهم^(٣).
ويجوز بيع البعيد^(٤) إذا وجد من هو أقرب منه^(٥)، لأن في
الجنس^(٦) الواحد الشفقة^(٧) من جنس واحد، فيكتفى بواحد^(٨).
وعند اختلاف الجهات يختلف الشفقة، فكل نوع شفقة تخالف^(٩) النوع
الآخر، فلا بد^(١٠) من اجتماع الكل^(١١).

-
- (١) في ب : « كأن الأب والأم » .
(٢) في ح : « كالإخوة والعمة والخالات » .
(٣) أي لا يباع واحد منهم ليقى مع الصغير .
(٤) في ب : « البعيد » .
(٥) « منه » ليست في ب .
(٦) في ح : « في جنس » .
(٧) في ب : « شفقة » .
(٨) في ب و ح : « بالواحد » .
(٩) في ب : « بخلاف » .
(١٠) في ح : « ولا بد » .
(١١) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب النكاح^(١)

يحتاج^(٢) إلى :

بيان صفة النكاح المشروعة^(٣) ،

وإلى بيان^(٤) تفسير النكاح لغة ، وإلى تفسيره في عرف الشرع .

أما الأول

< فقد > اختلف العلماء فيه: قال داود بن علي الأصفهاني^(٥) ومن

تابعه من أصحاب الظواهر : إن النكاح فرض عين، حتى إن^(٦) من تركه

(١) التقص في ١ الذي نهينا عليه من قبل في آخر كتاب الحج وفي أول كتاب البيوع

مستمر ، فالتأريفة إذن بالنكحتين ب و ح فقط . راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣ . وكذا الهامش ٥ ص ٦٥٨ - ١٠

(٢) كذا في ح . وفي الأصل : « قال الشيخ رحمه الله : يحتاج » . وفي ب : « قال الشيخ

الإمام رحمه الله عليه : يحتاج » .

(٣) في ح و ب : « المشروع » .

(٤) « بيان » من ب .

(٥) « الأصفهاني » من ب و ح . وهو داود بن خلف إمام أهل الظاهر أبو سليمان، وقد

قبل إن أصله من أصفهان . ومولده بالكوفة، ونشأته ببغداد . وقد ولد سنة ٢٠٢ هـ ، وتوفي ببغداد

سنة ٢٧٠ هـ . وقد أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه ، وأبي ثور ، وروى عنه ابنه أبو بكر محمد

بن داود وآخرون . وقد اختلف في هل يعتبر قوله في الإجماع أم لا ؟ قال إمام الحرمين : الذي

ذهب إليه أهل التحقيق ، أن منكرى القياس (وداود منهم) لا يعدون من علماء الأئمة وحلة

الشرعية ، لأنهم ما يندون مباحثون ، فيما ثبت استفاضة وتواترا ، ولأن معظم الشريعة صادرة عن

الاجتهاد ولا تنفي النصوص بشر معشارها ، وهؤلاء ملتحقون بالعدم (النووي ، القسم الأول ،

الجزء الأول : رقم ١٥٧ ص ١٨٢ وما بعدها) .

(٦) « إن » من ب و ح .

مع القدرة على الوطاء ، والايفاق - فإنه يأثم .

وقال الشافعى : إنه مباح .

واختلف أصحابنا :

فقال بعضهم : إنه فرض كفاية : إذا قام به البعض سقط عن الباقي^(١) .

وقال بعضهم : إنه مندوب ومستحب^(٢) .

وقال بعضهم : إنه واجب - لكن بعضهم قالوا : يجب على سبيل

التعيين ، بمنزلة الوتر والاضحية . وقال بعضهم : هو واجب على سبيل الكفاية .

ويبتنى على هذا الخلاف مسألة التخلي^(٣) : فعندنا الاشتغال بالنكاح

مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلي لنوافل العبادة ، مع ترك النكاح -

خلافًا للشافعى^(٤) ، وهى مسألة معروفة .

وأما تفسير النكاح

لغة ، فهو الجمع المطلق - يقال : « أنكحنا الفيرا فسرى^(٥) » أى

جمعنا بينهما^(٦) .

(١) فى ب : « واختلف أصحابنا : إنه فرض ... عن الباقي أم لا ؟ » .

(٢) فى ب و ح : « مندوب ومستحب » .

(٣) أى التخلي لعبادة عدم الزواج (انظر القاموس المحيط) . وفى ح : « التخلي بنوافل عبادة » .

(٤) « خلافًا للشافعى » من ب و ح .

(٥) فى المنرب : « أنكحنا الفيرا فسرى : مثل ، وأصله أن رجلاً خطب ابنته إليه رجل فأتى أن يزوجه إياها ، ورضيت أمها بتزويجه وغابت الأب حتى زوجها على كره منه وقال :

« أنكحنا الفيرا » ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . وهذا المثل يضرب فى التحذير من العاقبة : والفيرا فى

الأصل الحمار الوحشى ، استعاره للرجل استخفافاً به . وفى الأصل و ح : « فسرى » . وفى ب :

« فسرى » أى فتر (المنرب) .

(٦) « بينهما » من ب و ح .

وأما في الشرع فعبارة عن وجود ركن العقد مع شروطه .

. . .

أما ركنه

فهو الإيجاب والقبول من ^(١) الزوجين ، وهما لفظان يعبر بهما عن الماضي ، أو يعبر بأحدهما عن الماضي ، والآخر عن المستقبل . وفي البيع : لا يصح ما لم يكن اللفظان يعبر بهما عن الماضي ^(٢) — على ما ذكرنا في البيوع .

ثم لا خلاف بين العلماء بأن النكاح ينعقد بلفظ التزويج والنكاح . واختلفوا فيما سواهما من الألفاظ ، نحو لفظ البيع ، والهبة ، والتملك ، ونحوها . وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بهذين اللفظين .

وعند أصحابنا : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للملك .

ثم اختلف المشايخ : قال عامةهم : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للملك الأعيان ^(٣) ، كالبيع والهبة ، ولا ينعقد بلفظ ^(٤) موضوع للملك المنافع ، كالإجارة والإعارة .

وقال الكرخي : ينعقد بلفظ وضع ^(٥) للملك مطلقا ، سواء كان للملك

(١) في ح : « بين » .

(٢) « أو يعبر بأحدهما ... الماضي » من ب و ح .

(٣) في ب : « للملك » .

(٤) في ب و ح : « والهبة لا بلفظ » .

(٥) « تملك المنافع ... بلفظ وضع » ساقطة من ح .

الأعيان أو لتملك المنافع، حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده^(١).
 وأما لفظ^(٢) الوصية: <ف> إن ذكر مطلقاً بأن قال^(٣): «أوصيتك»^(٤)
 بابنتي هذه بألف درهم، لا يصح، لأن الوصية تملك بعد الموت، والنكاح
 المضاف إلى وقت^(٥) لا يجوز، بأن قالت المرأة^(٦): «زوجت نفسي منك شهر
 رمضان بألف درهم». وأما إذا قال: «أوصيتك بابنتي هذه الآن بألف
 درهم» أو^(٧) لم يذكر المهر، وقبل الزوج، فإنه ينعقد النكاح.
 وأما بلفظة الإحلال، والتحليل، والإباحة: <ف> لا ينعقد، لأنها
 لا تقتضي التملك.

وكذا بلفظة المتعة، بأن قال الزوج: «أمتع بك بكذا»^(٨) فرضيت، أو
 قالت «نعم»: لا ينعقد، لأنها لم توضع للتمليك، و^(٩) لأن المتعة صارت
 منسوخة، وهي عبارة عن النكاح الموقت.
 وكذا لو قال: «زوجي نفسك مني إلى شهر كذا»^(١٠)، فقالت «نعم»^(١١)!
 زوجت: لا ينعقد النكاح عندنا. وعند زفر: ينعقد النكاح، ويلغو ذكر

-
- (١) في ب: «عندنا» .
 (٢) هكذا في ح. وفي الأصل و ب: «انظة» .
 (٣) في ب و ح: «وقال» .
 (٤) كذا في ب و ح. وفي الأصل: «أوصيك» .
 (٥) في ب ح: «إلى الوقت» .
 (٦) «المرأة» من ب و ح .
 (٧) كذا في ب و ح. وفي الأصل: «و» .
 (٨) في ح: «وكذا بلفظ... أمتع بك كذا» .
 (٩) «وكذا بلفظة... لم توضع للتمليك و» ليست في ب .
 (١٠) «كذا» من ب و ح . (١١) «نعم» من ب و ح .

الوقت . وعندنا هو ^(١) تفسير نكاح المتعة ، وإنه ^(٢) منسوخ .

وأما النكاح المضاف إلى وقت ، أو المعلق بشرط : <ف> لا يصح ، بالإجماع ، بأن قالت : « زوجت نفسي منك غدا أو شهر رمضان الآتي » - أو « زوجت نفسي منك إن خلت الدار ^(٣) » فقال الزوج « قلت » . ولو ^(٤) قال : « أتزوجك على أن أطلقك إلى عشرة أيام » فرضيت ، أو قالت « نعم » أو قالت : « زوجت نفسي منك على هذا » فإنه ينمقد النكاح ، وببطل الشرط .

هذا الذى ذكرنا هو الحكم فى الزوجين . فأما إذا كان أحد العاقدين مالمسا ، والآخر وليا . أو وكلا ، أو رسولا - فكذلك الجواب ، لأنه ^(٥) لا بد من وجود لفظين ، وهو الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر . وأما إذا كان الواحد وليا من الجانبين ، أو وكلا ، أو رسولا ، من الجانبين ^(٦) ، أو وكلا من جانب ، ووليا من جانب - فإنه يكتفى فيه بكلام واحد ، بأن يقول : « زوجت فلانة من فلان بكذا » فينمقد العقد ، ولا يحتاج إلى أن يقول : « قلت عن فلان » لأن كلامه يقوم مقام كلامين - وهذا عندنا .

(١) فى ب : « هذا » . وفى ح : « هذه » .

(٢) فى ب و ح : « وهو » .

(٣) الورقة التى تبدأ بهذه الكلمة وردت فى الصورة العوتوغرافية الاصل متأخرة عن موضعها بورقتين .

(٤) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « أو » .

(٥) « لأنه » من ب و ح .

(٦) « من الجانبين » من ب و ح .

وقال زفر والشافعي^(١): لا يجوز أن يكون الواحد في النكاح عاقدا من الجانبين - كما في البيع : لا يجوز أن يكون الواحد وكلاما من الجانبين^(٢). وعندنا: في البيع يجوز أن^(٣) ينقصد بكلام^(٤) واحد من الجانبين ، كالأثب والوصى ، لكن في الوكيل لا يجوز على ما عرف في البيوع.

وأما شروطه فأنواع :

منها - ما يرجع إلى الأهلية من وجود العقل ، والبلوغ - وهو شرط عام^(٥) في تنفيذ كل تصرف دائر بين الضرر والنفع .

ومنها - الحرية : فإن العبد والأمة إذا تزوجا بدون إذن المولى ، فإنه لا ينقصد النكاح ، في حق الحكم ، على ما روى عن النبي عليه السلام ، أنه قال : « إنما عبد تزوج بغير إذن سيده ، فهو عاهر » .

وكذلك الجواب في المدبر ، وأم الولد ، والمسكاتب .

فأما إذا أذن المولى ، فهو جائز .

وإذا نفذ بإذن المولى ، يجب المهر في رقبته^(٦) ، وكسبه في^(٧) القن^(٨) .

(١) « والشافعي » ليست في ح .

(٢) « وقال زفر ... وكلاما من الجانبين » ليست في ب .

(٣) « يجوز أن » ليست في ب . وفيها هنا تكرار .

(٤) الباء من ب و ح .

(٥) زاد هنا في ح : « يعتبر » .

(٦) في ح : « في ذمته » .

(٧) في ب : « أما في القن » .

(٨) القن من السبيد الذي ملك هو وأبواه . وعن ابن الأعرابي: عبد قن أى خالص العبودة .

وعلى هذا صح قول الفقهاء لأنهم يمتنعون به خلاف المدبر والمسكاتب (المغرب) .

وفي غيره: يكون في الكسب، لافي الرقبة - إلا في المسكاتب إذا عجز:
< ف > يكون المهر في رقبته وكسبه : < ف > إما أن يباع فيه ، أو
يؤدى المولى ويستخلص الرقبة ^(١) لنفسه .

ومنها - كون المرأة محملة : فإن المحرمة ^(٢) لا تكون محل الحكم ^(٣)
النكاح : قال الله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » إلى أن قال « وأحل
لكم ما وراء ذلكم » ^(٤) .

ثم تحريم النكاح يتنوع إلى تسعة أنواع : تحريم ^(٥) بسبب القرابة ،
وتحريم بالصهرية ^(٦) ، وتحريم بالرضاع ، وتحريم الجمع ، وتحريم تقديم ^(٧)
الأمومة على الحرية ، وتحريم بسبب حق الغير ، وتحريم بسبب الملك ،
وتحريم بسبب الشرك ، وتحريم بالطلاق ^(٨) الثلاث .

(١) في ب و ح : « الرقيق » .

(٢) التاء من ب و ح .

(٣) في ب و ح : « لتوث حكم » .

(٤) النساء : ٢٣ - ٢٤ ، ونفسها : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم
وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات
نساءكم وربائبكم اللائي في حجوزكم من نسائكم اللائي دخلن بهن فلم تكونوا دخلن بهن
ولا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاثنتين إلا ما قد سلف لأن الله
كان غفورا رحيمًا . والمحصنات من النساء إلا ما ماكت أيما نسائكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء
ذلكم ... الخ » .

(٥) في ب : « محرم » .

(٦) في ب : « بسبب الصهرية » .

(٧) في ب : « بتقديم » .

(٨) في ب و ح : « بالطلاق » .

أما التحريم^(١) بسبب القرابة - فنقول:

المحرمات بالقرابة سبع فرق: الأمهات، والبنات، والأخوات،
والعمات، والحالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

ويثبت في حق هؤلاء حرمة النكاح. وحرمة الوطاء، ودواعيه - بطريق التأييد.

عرفنا ذلك بقوله: «حرمت عليكم أمهاتكم (الآية)»^(٢).

أما الأمهات: فأم الرجل، وجداته، من قبل أبيه، وأمه، وإن علون.

وأما البنات: فبنات الرجل من صلبه، وبنات الابن وإن سفلن.

وأما الأخوات: فثلاثة أنواع: الأخوات لأب وأم. والأخوات

لأب، والأخوات لأم.

وأما العمات: فثلاثة أنواع: عممة لأب وأم، وعممة لأب، وعممة لأم. وكذا

عمات أبيه، وعمات أجداده، وعمات أمه، وعمات جداته^(٣) - وإن سفلن.

وأما الحالات: فخاله الرجل لأب وأم، وخاله لأب، وخاله لأم.

وخالات آباءه وأمهاته.

وأما بنات الأخ، وبنات الأخت، وبنات بنات الأخ، والأخت،

وبنات أبناء الأخ، وبنات أبناء الأخت - وإن سفلن.

(١) في ب: «المحرمات».

(٢) النساء: ٢٣. وقد أوردنا نصها في الجوامع ٤ ص ١٨٠.

(٣) «عمات أمه وعمات جداته» ساقطة من ح.

(٤) «بنات» ساقطة من ح، فأصبحت العبارة فيها: «بنات الأخ».

(٥) «بنات أبناء» من ح. وفي ب سقطت: «وبنات أبناء الأخت» فيها: «وبنات

أبناء الأخ وإن سفلن».

وأما التحريم بالصهرية - فنقول :

المحرمات بالصهرية أربع فرق :

إحداها - أم الزوجة ، وجداتها ، من قبل الأب ، والأم ، وإن علون .
ثم أم الزوجة تحرم بنفس العقد على البنت ، ولا يشترط الدخول بالبنت ،
حتى إن من تزوج امرأة ، تحرم عليه أمها ، دخل بها ، أو لم يدخل - وهذا
قول عامة العلماء ، وعامة الصحابة .

وقال مالك ، وداود والأصنفاني^(١) ، ومحمد بن شعاع^(٢) ، وبشر المريسي^(٣) :
إنها لا تحرم بنفس العقد على البنت ، ما لم يوجد الدخول بالبنت . وحكوا
هذا المذهب عن علي رضي الله عنه .

والصحيح قول العامة ، لقوله تعالى : « وأمهات نسائكم »^(٤) من غير فصل .
ومنها - بنت المرأة ، لكن يشترط الدخول بالأُم ، ولا تحرم بنفس
العقد على الأُم ، لقوله تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن »^(٥) : شرط الدخول بالأُم لحُرمة الريبة .

وكذا بنات بنت^(٦) المرأة ، وبنات ابنها أيضاً .

ويستوى الجواب بين ما إذا كانت بنت المرأة في حجر الزوج أو لا ،

خلافاً لبعض الناس .

(١) انظر الهامش ٥ ، ص ١٧٤ .

(٢) انظر الهامش ٦ - ٧ ، ص ١١٨ - ١١٩ ، ص ١٢٠ .

(٣) انظر الهامش ٢ ، ص ٣٥١ ، ص ١٢٠ .

(٤) و (٥) النساء : ٢٣ - راجع نصها في الهامش ٤ ، ص ١٨٠ .

(٦) « بنت » ساقطة من - .

ومنها - حليلة الابن : حرام على أبيه . دخل بها الابن أو لا . وكذا حليلة ابن الابن ، وابن البنت - وإن سفلن ، لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ^(١) .

وأما حيلة ^(٢) الابن المتبني : < ف > لا تحرم على الأب المتبني لقوله : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ^(٣) .

ومنها - حيلة الأب ، وحيلة الأجداد . من قبل الأب ، والأم ، وإن علوا ، لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » ^(٤) . ثم حرمة المصاهرة تثبت . بطريق التأيد . بسبب النكاح الصحيح : دون الفاسد .

وكذا تثبت بالوطء الحلال بملك اليمين . وكذا تثبت بوطء عن شبهة . وتثبت أيضاً بالنظر إلى الفرج عن شهوة ، دون النظر إلى سائر الأعضاء . وتثبت باللمس ^(٥) عن شهوة في سائر الأعضاء - وهذا عندنا . وعند الشافعي : لا تثبت باللمس ^(٦) والنظر .

ويعنى باللمس ^(٧) عن شهوة ^(٨) أن ^(٩) يشتهي بقلبه . وهو أمر لا يقف

(١) النساء : ٢٣ - وقد أوردنا نص الآية كلها في الهامش ٤ من ١٨٠ .

(٢) في ح : « ومنها - حيلة » .

(٣) النساء : ٢٣ - ونصها في الهامش ٤ من ١٨٠ .

(٤) النساء : ٢٢ : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف فإنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » .

(٥) في ب : « باللمس » .

(٦) و(٧) في ح : « باللمس » .

(٨) « في سائر الأعضاء - وهذا عندنا ... باللمس عن شهوة » ليست في ب .

(٩) في الأصل وب و ح : « وهو أن » .

عليه إلا اللامس والناظر، فيعرف بإقراره، أما تحريك الآلة والانتشار فليس^(١)
بشرط - وهذا هو الأصل، فإن المس^(٢) عن شهوة يتحقق من العين
ولا ينتشر^(٣)، وكذا المحبوب لا آلة له^(٤) ويتحقق منه المس والنظر عن شهوة.
ونعني بالنظر إلى الفرج : النظر^(٥) إلى عين الفرج ، لا إلى حوالبه -
و^(٦) هو الأصل، صح.

وكذا تثبت حرمة المصاهرة . بالزنا ، والمس ، والنظر إلى الفرج ،
بدون الملك ، وشبهته ، عندنا .

وعند الشافعي : لا يثبت حرمة المصاهرة بالزنا^(٧) - والمسألة معروفة .

وأما التحريم بسبب الرضاع - فنقول :

كل من يحرم من الفرق السبع ، بسبب القرابة : يحرم بسبب الرضاع -
قال الله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة »^(٨) وقال
عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

وكذا كل من يحرم بالصهرية من الفرق الأربعة ، بالنسب : يحرم

(١) الفاء من ب .

(٢) في ب و ح : « المس » .

(٣) في ب و ح : « ولا تنتشر آله » .

(٤) « لا آلة له » من ب و ح .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « هو النظر » . (٦) « و » من ح .

(٧) « والمس والنظر إلى الفرج ... بالزنا » ليست في ب . والنظر إلى الفرج ..
بالزنا « ليست في ح . وفي الكشاف (٢٥ : ٢٦٠ : ٢ من أسفل) : « وثبت حرمة المصاهرة
بالزنا ، والمس ، والنظر - بدون النكاح ، والملك ، وشبهته . وعند الشافعي : لا تثبت الحرمة بالزنا ،
فأولى أدلا تثبت بالمس ، والنظر ، بدون الملك » .

(٨) النساء : ٢٣ - ونسبها في الهامش ٤ ص ١٨٠ .

بالرضاع - حتى يحرم على الواطى: أم^(١) الموطوءة، وبناتها من جهة الرضاع. وتحرم الموطوءة على أب^(٢) الواطى، وابنه، من جهة الرضاع. ويحرم موطوءة أب الرضاع على ابنه من الرضاع. ويحرم موطوءة^(٣) ابن الرضاع على أب الرضاع^(٤) - لما روينا من الحديث.

وأما تحريم الجمع^(٥):

فروعان: أحدهما - تحريم الجمع بين الأجنبيات. والثاني - تحريم الجمع بين ذوات الأرحام. وكل واحد منهما على وجهين: الجمع في النكاح، والثاني الجمع في الوطء ودواعه.

أما تحريم الجمع بين الأجنبيات في النكاح، فإنه تحريم الجمع بين خمس نسوة، فصاعداً. ويباح الجمع بين الأربع وما دونها - وهذا عند عامة العلماء.

وقال بعضهم: يحل الجمع بين تسع نسوة.

وقال بعضهم: يحل الجمع بين ثمان عشرة.

فأما الجمع في ملك اليمين: < ف > حلال، عقداً، ووطئاً، وإن كثرت،

(١) في « كذا: به أم ».

(٢) هكذا في ب. وفي الأصل و: « ابن ».

(٣) « أب الرضاع... ويحرم موطوءة » ليست في ح.

(٤) في ح: « ابنه الرضاع ».

(٥) « الجمع » من ب و ح. وهي ساقطة من الأصل.

لقوله تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »^(١).

وأما تحريم الجمع بين ذوات الأرحام ، فنوعان أيضاً : الجمع في عقد النكاح ، والجمع في الوطاء بملك البمين .

أما الأول ، وهو تحريم الجمع نكاحاً - فنقول :

لاخلاف^(٢) بين العلماء في تحريم الجمع^(٣) بين الاختين ، نكاحاً ، وتحريم الجمع بين الأم وبنتها .

فأما الجمع بين ذواتي رحم محرم نكاحاً^(٤) - غير الجمع في الولاد^(٥) . وغير الجمع بين الاختين مما سواهما^(٦) . كالجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما ذكراً . لا يجوز نكاح الأخرى له ، من الجانبين ، أتيهما كانت غير^(٧) عين ، كالجمع بين عمّة المرأة وبين بنت أخيها^(٨) . وبين خالة المرأة

(١) سورة المارج : ٣٠ - والآيات ٢٩ - ٣١ هي : « والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتنى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

(٢) « لا خلاف » ساقطة من ح . وانظر فيها يأتي الهامش : .

(٣) « الجمع » من ح .

(٤) « فنقول ... رحم محرم نكاحاً » ساقطة من ب .

(٥) في ب : « الأولاد » . وفي ح : « في الولادة » . والمقصود : غير الجمع بين الأم وبنتها ... الخ .

(٦) كذا في ح . وفي الأصل : « سواهن » . راجع الكاساني ٢ : ٢٦٢ .

(٧) في ب : « من غير » .

(٨) في ح : « بنت أختها » .

وبين بنت أختها ، ونحو ذلك - < ف > حرام عند عامة العلماء ^(١) .
وقال عثمان البثي ^(٢) : الجمع فيما سوى الاختين من ذوات
الأرحام ، ليس بحرام .

وإذا ثبت أن الجمع بينهما ، نكاحا ، حرام - فإذا تزوج إحداها قبل
الأخرى ، فنكاح الأولى جائز ، ونكاح الثانية باطل . ولو تزوجها
معا ، بطل نكاحهما ، لأن الجمع حصل بهما . فيجب ، على كل واحد منهما ،
أن يعتزل عن صاحبه ، ويترك النكاح . ولو علم القاضى بذلك يفرق بينهما .
< و > إن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ، ولا عدة عليها ^(٣) ، وإن كان
بعد ^(٤) الدخول ، يجب مهر المثل ^(٥) ، مقدرا بالمسمى ، ولا يجب الحد ، وإن قال
الزوج « علمت أنها على ^(٦) حرام » ، ولا يدعى شبهة الاشتباه ، لأن شبهة

(١) عبارة المرغيناني في الهداية ، وابن الهمام في فتح القدير (٢ : ٣٦٤) : « ولا يجمع بين
امرأتين لو كانت إحداها رجلا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى - نفي بعد ذكر ذلك الفرع
بأصل كلى يتخرج عليه هو وغيره ، كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك أن يتزوج كل من
رجلين أم الآخر فيولد اسكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمه للأخرى . أو يتزوج كل من
رجلين بنت الآخر ويولد لها بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى . فيمتنع الجمع بينهما . . . »
(٢) عثمان البثي في البصرة زمن أبي حنيفة . رأى أنس بن مالك . وروى عن الحسن
البصري . قيل : هو منسوب إلى « البت » وهو موضع قيل له بنواحي البصرة . وقيل : منسوب
إلى البت بمعنى الطيلسان من خز ونحوه وكان يبيعه . وقد توفي سنة ١٤٣ هـ . (تهذيب التهذيب ،
٧ : ١٥٣ - ١٥٤ . والایاب في تهذيب الانساب ، ١ : ٩٦ . والقاموس المحيط) .

(٣) في ب : « عليها » . وفي الكاساني (٢ : ٢٦٣) : « ثم إن كان قبل الدخول :
فلا مهر لها ، ولا عدة عليهما ، لأن النكاح الفاسد لاحكم له قبل الدخول . وإن كان قد دخل بهما :
فلكل واحدة منهما المهر ، وعليها العدة . لأن هذا حكم الدخول في النكاح الفاسد » .

(٤) « بد » من ب . وهي ساقطة في الأصل . وفي ح : « قل » .

(٥) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « مثل المهر » .

(٦) « على » ليست في ب .

النكاح قاعة . ولو وطئها مرارا قبل التفريق والمتاركة ، لا يجب إلا مهر واحد ، لأن العقد الفاسد منعقد من وجه .

ولو وطئها بعد المتاركة مرة أخرى : لا يجب مهر آخر ، ويجب الحد ، لأن هذا زنا .

ولو تزوج أخت جاريته التي وطئها ، أو أخت أم ولده : جاز النكاح ، ولكن لا يطأها^(١) ، ما لم يحرم عليه وطء إحداهما ، بأن زوج^(٢) أم ولده من انسان ، أو زوج الأئمة ، أو باعها ، لأنه لا فراش للأئمة عندنا^(٣) . خلافا للشافعي ، وفراش أم الولد ضعيف : ينتفى بمجرد النفى ، ولا يحتاج إلى اللعان^(٤) .

فأما إذا تزوج أخت^(٥) امرأة تعتمد منه : < ف > لا يجوز ، عندنا ، سواء كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا أو ثلاثا ، أو بالمحرمة^(٦) الطارئة ، وسواء كانت العدة عن النكاح ، أو عن الوطء بالشبهة .

وقال الشافعي : يجوز ، إلا في الطلاق الرجعي ، لأن النكاح قائم من وجه ، عندنا ، في حالة العدة ، والثابت من وجه ، في باب التحريم ، كالثابت من كل وجه .

وكذلك : لا يجوز له أن يتزوج أربعاً أخرى ، سواها ، عندنا - خلافا له .

(١) في > : « لا يطأها » .

(٢) في ب و > : « زوج » .

(٣) « عندنا » ليست في ب .

(٤) « ولا يحتاج إلى اللعان » ليست في ب و > . انظر الكاساني ٢١ : ٢٦٥ : ١٥ وما بعده .

(٥) « أخت » من ب و > . (٦) في > : « وبالمحرمة » .

وأما إذا تزوج أخت^(١) أم ولده، وهي تعتد منه، بأن أعتقها، ووجبت عليها العدة : فإنه لا يجوز، ويجوز أن يتزوج أربعا، سواها - وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما : يجوز ذلك كله .

وقال زفر : لا يجوز ذلك كله .

وأما الجمع بين الأختين فى ملك اليمين : < ف > جائز عندنا - خلافاً للمالك .

وأما الجمع بينهما وطئاً : < ف > لا يجوز. لكن يطاق^(٢) إحداها، لاغير.

ولا يجمع بينهما فى المس عن شهوة، والنظر إلى الفرج .

وإن أزال الموطوعة عن ملكه، أو زوجها من إنسان : يباح له الاستمتاع بالأخرى .

وهذا قول عامة الصحابة وعامة العلماء .

وروى عن عثمان بن عفان أنه قال : يحل الجمع بينهما^(٣)، وطئاً، ولكن أنا لا أفعل .

وأما تحريم تقديم^(٤) الأمة على الحرة - < فنقول > :

من كانت^(٥) تحت حرة، لا يجوز له أن يتزوج الأمة . ومن كانت^(٦)

(١) « أخت » ليست فى ب .

(٢) « يطاق » من ب و ح .

(٣) « بينهما » من ب و ح .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « تقدم » - راجع ص ١٨٠ ، ص ٨ .

(٥) فى ب : « كان » . فى ب و ح : « كان » .

تحتة أمة ، جاز له أن يتزوج الحرة . ولو جمع بين نكاح الائمة والحرة :
لا يجوز نكاح الائمة ، ويجوز نكاح الحرة ^(١) .

وأصله قوله عليه السلام : « لاتنكح الائمة على الحرة ، وتنكح
الحرة على الائمة » ^(٢) .

وإذا كان قادراً على مهر الحرة ، ونفقها : جاز له أن يتزوج الائمة ،
عندنا . وعند الشافعي : لا يجوز .

ولو كانت الحرة في عدته ، فتزوج الائمة : لا يجوز عند أبي حنيفة .
وعندهما : يجوز . والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأن النكاح من
وجه ، كالثابت من كل وجه ، في باب التحريم .

وأما التحريم بسبب هو الغير :

فنكاح منكوحة الغير : حرام - قال الله تعالى : « والمحصنات من
النساء » ^(٣) .

وكذلك نكاح معتدة الغير ، لأن النكاح قائم من وجه ، وحقه
محترم ^(٤) .

وكذلك منكوحة الذمي ومعتدته ، لأن حقه محترم .

(١) « نكاح الائمة ويجوز نكاح الحرة » ليست في ب و ح .

(٢) في ج كذا : لا تنكحوا الائمة على الحرة وتنكحوا الحرة على الائمة .

(٣) النساء : ٢٤ - وقد قدمنا نص الآيتين ٢٣ و ٢٤ من سورة النساء في الهامش

٤ من ١٨٠ .

(٤) « وحقه محترم » ليست في ب .

فأما المسييات^(١) المنكوحات : فبعد^(٢) الإحراز بدار الإسلام ،
تقع الفرقة ، وتحل للسباي . وغيره ، فلا عدة عليهن .

وعند الشافعي : تحل في دار الحرب .

وعلة الفرقة عنده هو^(٣) السبي . وعندنا تبائن الدارين ، حتى لو سبي
الزوجان معاً ، لاتقع الفرقة ، عندنا ، لعدم تبائن الدارين .

فأما المهاجوة ، وهي المرأة التي دخلت دار الإسلام . مراغمة^(٤) لزوجها ،
مسلمة^(٥) أو ذمية ، جاز نكاحها ، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة —
وقالا : عليها العدة .

وأما إذا كانت حاملاً ، فمن أبي حنيفة روايتان : في رواية محمد :
لا يتزوجها . وفي رواية أبي يوسف : يتزوج ، ولكن^(٦) لا يطأها حتى
تضع حملها .

ولو تزوج امرأة حاملاً ، من زنا - جاز ، ولا يطأها حتى تضع حملها عندهما .
وعند أبي يوسف : لا يصح النكاح .

والصحيح قولها ، لأنه لا حرمة للماء الزاني^(٧) . ولكن لا يطأها لقوله عليه
السلام : > « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين مائه زرع غيره » . وروى
عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : > « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا

(١) سبي البدو أسرهم - والمسييات النساء يسيين (يؤسرهن) فيمكن (القاموس) .

(٢) في ب : « فتعد » .

(٣) في ح : « وعليه العدة عنده وهو » .

(٤) أي مفاضية . (٥) في ح : « أو مسلمة » .

(٦) من هنا ساقط من الأصل ومأخوذ عن ب حتى كلمة « بشهادتهم » الواردة في ص ١٩٦

انظر الهامش ٣ ص ١٩٦ . (٧) « الماء الزاني » من ح . وفي ب : « لزانى » .

على امرأة في طهر واحد « وحرمة الوطء ، بعارض طارىء ، على المحل ، لا ينافى النكاح ، لابقاء ولا ابتداء ، كالحيض والنفاس »^(١) .

وأما التحريم بسبب الشرك - فنقول :

لا يحل وطء المشركات ، بنكاح ، ولا بملك يمين . وتحل الكتابيات لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن »^(٢) ، وقال تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »^(٣) .

ويجوز نكاح الأئمة الكتابية ، كالحرمة^(٤) ، عندنا ، خلافاً للشافعي .
وأما نكاح المجوسيات : < ف > لا يجوز ، ولا يحل وطؤها بملك اليمين ، لأنه لا كتاب لهم .

فأما الصابئات : < ف > قال أبو حنيفة : يحل بالنكاح ، وبملك اليمين ، خلافاً لهما - وهو ليس باختلاف في الحقيقة ، وإنما الخلاف لاشتباه مذهبهم : فعند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب ، فإنهم يقرؤون الزبور ولا يعبدون

(١) من الكسائي ، ٢ : ٢٦٩ : ٥ من أسفل . وفي ب : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر > فلا يجمع مائه في رحم واحد » . وفي ح : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر > فلا يجمع مائه في رحم أختين » وهذا الحديث كما ورد في الكسائي (٢ : ٢٦٤ : ٢٦) : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائه في رحم أختين » وقد ورد في الكسائي في الكلام على عدم جواز الجمع بين أختين ملك يمين نكاحاً .

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(٣) المائدة : ٥ - : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أهدان ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله وهو في الآخرة من الخاسرين » .

(٤) في ح كذا : « كالحرية سواء » .

الكواكب، لكن يعظمونها كتعظيم المسلمين الكعبة في الاستقبال إليها .
وعندهما أنهم يعبدون الكواكب، فحكمهم حكم عباد الوثن .

وأما نكاح الكفار فيما بينهم : < ف > جائز .
وقال مالك : أنكحتهم فاسدة .

والصحيح قول العامة ، لأن النكاح سنة آدم عليه السلام ، فهم على
شريعته في ذلك ، وقال عليه السلام : « ولدت في ^(١) نكاح ولم أولد
في ^(٢) سفاح » ، وإن كان آباؤه ^(٣) كفارا .

وأما المرتدة < ف > : فلا يجوز لمسلم ، ولا لكافر ، ولا لمرتد ، نكاحها ،
لأنه لا ملة لها ، للحال ، لأنها تركت ملة الإسلام ، فلا تقر على ^(٤)
ما صارت إليه من الملة .

ولو ارتد أحد الزوجين : يبطل النكاح .
ولو ارتدا ، معا ^(٥) : يبقى النكاح بينهما - عندنا ^(٦) ، خلافاً لـ زفر ،
لاجماع الصحابة على ذلك .

وأما < التبريم > ^(٧) سبب ملك اليمين :
< فهو > ^(٨) أنه لا يجوز نكاح جاريته ، ولا مكاتبته ، ولا جارية مديونه

(١) و (٢) في ح : « من » .

(٣) في ح : « أكثر آباءه » .

(٤) في ح : « ولا يقر لل » . (٥) في ح : « ولو ارتد الزوجان معا » .

(٦) « عندنا » من ح . (٧) في ح : « وأما تبريم سبب » . راجع ص ١٨٠ ، ص ٩٠ .

(٨) في الأصل و ح : « وهو » . والأصل هنا هو ب : راجع فيما تقدم المامش ٦ ص

١٩١ . وفيما بعد المامش ٣ ص ١٩٦ .

ديننا مستغرقا ، ولا جارية مشتركة^(١) بينه وبين غيره ، ولا جارية له فيها حق الملك ، كجاريته من أكساب عبده المأذون المديون وأكساب مكاتبه^(٢) . وكذا المرأة : لا يجوز لها أن تتزوج مملوكها ، لأن في النكاح حقوقاً لا يجوز أن تثبت بين العبد والمولى ، لما بينهما من التنافى . وكذلك : إذا اعترض ملك اليمين ، يبطل النكاح ، بأن ملك كل واحد من الزوجين صاحبه ، أو^(٣) شقصا منه .

وقالوا فى العبد والمدر المأذونين : إذا اشتريا زوجتيهما^(٤) : لا يفسد النكاح^(٥) ، لأنه لا يثبت ملك المنفعة ، بملك اليمين ، فى حقهما . وكذا المكاتب : إذا اشترى زوجته ، لم يفسد النكاح ، لأنه لا يملكها ، وإنما يثبت له فيها حق الملك ، وإنه يمنع ابتداء النكاح ، ولا يفسد^(٦) ، كالعدة . وقالوا فيمن زوج ابنته من مكاتبه ، ثم مات : لم يفسد النكاح بينهما ، حتى يبعز ، لأن المكاتب لا يورث . وعند الشافعى : يفسد . وأمامعتق^(٧) البعض : فهو^(٨) فى حكم المكاتب عند أبى حنيفة . وعندهما : حر .

(١) « مشتركة » ليست فى ح .

(٢) فى ح : « حق الملك كجارية من أكساب مكاتبه واكتساب عبده المأذون المديون » .

(٣) فى ح : « و » .

(٤) هكذا فى ح . إلا أن فيها : « اشترى » . وفى ب : « وقالوا فى العبد والمدر

والمأذون إذا اشترى أزواجه » .

(٥) « النكاح » من ح .

(٦) « لأنه لا يملكها ... ولا يفسد » من ح .

(٧) فى ح : « المعتق » .

(٨) « فهو » من ح .

وأما التحريم بالطهرى الثموت :

> فقد ثبت بكتاب الله عز وجل : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ
حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ » (١) .

وأحكام المطلقة ثلاثاً تذكر في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى .

ومنها (٢) - الولي والمهر : وفيهما خلاف ، على ما نذكر في بابهما
إن شاء الله تعالى .

ومنها - الشهادة : وهي شرط عند عامة العلماء .

وقال مالك : الإيعان شرط ، حتى إذا وجد الإيعان بدون حضرة
الشهود ، نحو ضرب الدف والطبل ونحوه : ينعقد . ولو حضر شاهدان
سراً عن الناس ، وشرطوا عليهما الكتمان : فإنه لا ينعقد .

والصحيح قول عامة العلماء (٣) ، لقوله عليه السلام : « لا نكاح
إلا بشهود » .

ثم الشهود الذين ينعقد النكاح بهم فيهم شرائط :

منها - العقل ، والبلوغ ، والحرية : حتى لا ينعقد بحضرة الصبيان ،
والمجانين ، والعبيد .

وكذا الإسلام ، في حق نكاح المسلم والمسلمة - حتى لا يجوز إلا بحضرة
المسلمين . فأما المسلم إذا تزوج ذمية بشهادة (٤) ذمين : جاز عند أبي

(١) البقرة : ٢٣٠ .

(٢) أي من شروط النكاح وقد تقدم ثلاثة شروط - راجع ص ١٧٩ و ١٨٠ .

(٣) هكذا في ب . وفي : « العامة » . (٤) هكذا في ب . وفي : « شهادة » .

حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز .

وكذا القاضي : لا يقضى بنكاح المسلمة على المسلم إلا بشهادة المسلمين .

وهل يقضى بنكاح المسلم على الذمية بشهادة الذميين ؟

إن ادعت الذمية النكاح على المسلم : لا يقبل ، لأنه شهادة على المسلم .

وإن جحدت الذمية ^(١) وادعى المسلم النكاح - هل يقضى بشهادة

الذميين ؟ فهو على الاختلاف ^(٢) الذي ذكرنا في الانعقاد .

وأما نكاح أهل الذمة فيما بينهم : < فإنه > ينعقد بشهادتهم ^(٣) عندنا ،

سواء كانت مللهم متفقة ، كشهادة اليهود لليهود ، والنصارى للنصارى ،

أو مختلفة ، كشهادة اليهود للنصارى .

وقال ابن أبي ليلى : يجوز عند اتفاق الملل ، دون اختلافها .

وعند الشافعي : لا يجوز أصلا .

ثم عندنا : إنما يجوز إذا كانوا من أهل دار واحدة ، بأن كانوا في دار

الإسلام أو في دار الحرب . وأما إذا اختلفت الدور ، بأن كانت الشهود

من أهل دار الحرب ، كشهادة المستأمنين في نكاح ^(٤) الذمي : < ف >

لا يصح . وإن كان على العكس : يصح ، كنكاح الذمي : ينعقد بشهادة

المسلمين ، ولا ينعقد نكاح المسلم ^(٥) بشهادة أهل الذمة .

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) في : « الخلاف » . راجع السطر الأسفل ص ١٩٥ — ص ١٩٦ .

(٣) انتهى هنا النقص في الأصل والاخذ عن ب - راجع فيما تقدم الهامش ٦ ص ١٩١ .

(٤) في : « بالنكاح » (٥) في ب : « المسلمة » .

ومنها - العدد : فهو شرط، وهو شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين^(١) - وهذا عندنا .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح إلا بشهادة الرجلين^(٢) .

وكذا الخلاف في قضاء النكاح بشهادتهم .

وهذا إذا لم يتعلق به وجوب الحد - فأما إذا تعلق ، بأن قام^(٣) الشهود على الزنا ، فأنكر الزاني الإحصان ، فشهد رجل وامرأتان على النكاح : يقبل أيضاً ، عند أصحابنا . وعند زفر لا يقبل .

وأما العدالة - فليست بشرط لانعقاد النكاح ، عندنا ، حتى ينعقد بشهادة الفاسقين .

وعند الشافعي رحمه الله : شرط .

وهل يقضى القاضي^(٤) بالنكاح بشهادتهم ؟

فعنده : لا يقضى على كل حال .

وعندنا : إن كان القاضي تحرى الصدق في شهادتهم : جاز ، وإلا

فلا - فكان للفساق شهادة، عندنا^(٥)، في انعقاد النكاح، على كل حال^(٦) .

وفي^(٧) صحة القضاء عند رجحان الصدق ، عند القاضي ، بالتحري والتأمل

(١) في ب : « وامرأتان » .

(٢) في ح : « المسلمين » .

(٣) في ب : « أقام » .

(٤) « القاضي » ليست في ح .

(٥) « عندنا » من ب .

(٦) « على كل حال » من ح . (٧) في ب و ح : « وفي حق صحة » .

في أحواله : أن^(١) مثل هذا الفاسق لا يكذب في العادة^(٢) .

وأما المحدود في القذف : < ف > إن كان قبل التوبة وقبل إقامة الحد :
< فإنه > ينعقد النكاح بشهادته عندنا ، خلافاً للشافعي رحمه الله .
وإن كان بعد التوبة : < ف > إن كان قبل إقامة الحد عليهم^(٣) :
< فإنه > ينعقد النكاح ، ويقبل شهادتهم بلا خلاف^(٤) .
وإن كان بعد إقامة الحد : فإنه ينعقد النكاح بشهادتهم ، ولا تقبل شهادتهم عندنا .

وعند الشافعي : ينعقد ، وتقبل .
وكذا ينعقد النكاح بشهادة الاثنين ، منها^(٥) - عندنا^(٦) ،
خلافاً للشافعي .

وأما الأعمى : فينعقد النكاح بحضورهم ، لا^{*} منهم من أهل الشهادة .
وهل تقبل شهادتهم ؟

عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما : لا تقبل .
وقال أبو يوسف : إن كان بصيراً وقت التحمل : تقبل شهادته ،
وإلا فلا^(٧) .

(١) كذا في ح . وفي الأصل : « لا ن » . انظر الهامش التالي .

(٢) في ب : « والتأمل في أحوال مثل هذا الفاسق : هل يكذب في العادة ؟ » .

(٣) في ح : « عليه » .

(٤) « وإن كان بعد التوبة . . . بلا خلاف » ليست في ب .

(٥) هكذا في ب . وفي الأصل و ح : « منها » .

(٦) « عندنا » ليست في ح . (٧) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب

المهر

الكلام فى هذا الباب فى مواضع :
فى بيان كون المهر شرط جواز النكاح ،
وفى بيان تقدير المهر ،
وفى بيان ما يصلح مهراً وما لا يصلح ^(١) ،
وفى بيان ما يفسد به التسمية وما يصح معه التسمية ،
وفى بيان ^(٢) ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به ^(٣) نصف المهر ،
وفى بيان ما يجب عليها من التسليم عند قبض المهر أو تأجيله ،
وفى بيان حكم الاختلاف بين الزوجين فى المهر ،
وفى بيان ذكر المهر على طريق الرىاء ^(٤) ، والسمعة ، والتلجئة .

أما الأول - فنقول :

إن المهر شرط جواز النكاح - حتى ^(٥) لا يجوز النكاح بدون المهر ،
حتى إن من تزوج امرأة بغير مهر ، أو بشرط ^(٦) أن لا مهر لها ، وأجازت

(١) « وما لا يصلح » من ب . وفى : « أو ما لا يصلح » .

(٢) « وفى بيان » ليست فى ب .

(٣) « به » من ب و ح .

(٤) فى القاموس المحيط : « رأيتهُ مُراءاةً ورثاءً أرته على خلاف ما أنا عليه ... وعمل رثاءً وسمعةً » .

(٥) « حتى » من ب .

(٦) فى ح : « وشرط » . وفى ب : « أو شرط » .

المرأة - فإن النكاح ينعقد ، ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا .

وعند الشافعي : النكاح جائز بغير مهر .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم : أن تبتنوا بأموالكم ^(١) » - الله تعالى أحل النكاح بشرط المال ، فلا ^(٢) يكون مشروعا بدونه ، فإذا نفى المهر ، وشرط خلو النكاح عن المهر ، فقد شرط شرطا فاسداً ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . فيصح النكاح ، ويبطل الشرط . فيجب العوض الأصلي ، وهو مهر المثل . وحكم كيفية وجوب مهر المثل ، والمتعة ، نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى .

. . .

وأما بيان تقرير المهر ^(٣)

فعندنا المهر مقدر ، وأدناه عشرة دراهم فضة ، أو دينار ذهب خالص . وقال الشافعي : المهر غير مقدر ، والقليل والكثير فيه سواء .

(١) النساء : من الآية ٢٤ وهي متصلة بما قبلها من الآيات ٢١-٢٣ ونوردها فيإيلي : « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد ساف : إنه كان فاحشة ، ومقتنا ، وساء سبيلا . حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلن بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد ساف إن الله كان غفورا رحيما . والمحصنات من النساء إلا ما ملكت إيمانكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تنفقوا بأموالكم بحسب غير مسافحين فاستمتعتم بهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضين به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما . »

(٢) في : « ولا » . (٣) في ب : « مهر المثل » .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » ^(١) أى قدرنا .

وإذا ثبت أن أقل مقدار المهر عشرة ، فإذا سمي أقل من عشرة هل يصح التسمية ؟ فمند أصحابنا الثلاثة : تصح التسمية ، ويكمل المهر عشرة دراهم . وعلى قول زفر : يجب مهر المثل ، ولا تصح التسمية ^(٢) .

والصحيح قولنا ، وهو أن التقدير حق الشرع ، فتى قدرا بأقل من عشرة ، فقد أسقطا حق أنفسهما ، ورضيا بالأقل ^(٣) ، فلا ^(٤) يصح فى حق الشرع ، فيجب ^(٥) أدنى المقادير ، وهو العشرة .

وأما بيانه ما يصلح مهرأ وما لا يصلح ^(٦) - فنقول :

المهر ما يكون مالا متقوماً عند الناس . فإذا سميا ما هو مال : يصح التسمية ، وما لا فلا .

فإذا تزوج امرأة على ما هو مال مطلق ، كالنقود والأعيان : صحت

(١) من الآية ٥٠ من سورة الاحزاب والآية : « يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت بينك مما آفا . الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم لكيلا يكون عليك حرج وكان الله غفورا رحيما » .

(٢) فى هذا الموضع من النسخة هـ ، قدمت ورقتان خطأ برقى ١٤٥ و ١٤٦ وحقيقتهما ١٥٣ و ١٥٤ والواجب نقلها من مكانها الخالى ووضعها فى مكانها الصحيح ولجراء ما يترتب على ذلك من تصحيح الترقيم .

(٣) فى ب : « بأقل » . (٤) فى هـ : « ولا » .

(٥) فى ب و هـ : « ويجب » . (٦) « وما لا يصلح » ليست فى هـ .

التسمية^(١) .

وإذا تزوج على منافع الأعيان ، كالدور ، والحيوان ، والعقار : جاز ،
لأنها مال متقوم عند الناس^(٢) .

وإذا تزوج على منافع الحر ، لا يجوز : بأن زوجت نفسها من رجل
على أن يخدمها سنة ، أو يرعى إبلاها أو غنمها سنة ، لأن منافع الحر ليست
بمال ، وإنما يجوز عقد الإجارة عليها ، ويتقوم باتفاق العاقلين ، بطريق
الضرورة^(٣) ، ولا ضرورة في النكاح .

وعن ابن سماعه عن محمد أنه إذا تزوجها على أن يرعى غنمها سنة : جاز -
فيكون في المسألة روايتان .

وإذا لم تصح التسمية ما حكمها ؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لها مهر مثلها ، لأن
التسمية لم تصح .

وقال محمد رحمه الله : لها قيمة خدمته^(٤) سنة ، لأن التسمية قد صححت ،

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) « ولذا تزوج على منافع الأعيان ... الناس » ساقطة من ح .

(٣) في ب : « الدلالة » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل وفي ح : « خدمتها » : قال المرغيناني في البداية (ح ٢ ،
ص ٤٥٠) : « وإن تزوج حر امرأة على خدمته لإياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها .
وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة » . - وأصل هذا قول محمد في الجامع الصغير (ص ٣٥ - ٣٦) :
« رجل تزوج امرأة على خدمتها سنة : فإن كان حرا فلها مهر مثلها ، وإن كان عبدا فلها خدمته .
وقال محمد : لها في الحر قيمة الخدمة » .

لكن تعذر التسليم عليه ، لأنه لا يجوز لها استخدامه^(١) . بل عليها خدمة^(٢) الزوج ، فيجب قيمة الخدمة ، كما لو تزوج على عبد ، فاستحق ، يجب قيمته^(٣) ، لا مهر المثل - كذا هذا ، حتى إن رعى الغنم والعمل خارج البيت ، لما لم يكن من باب الاستخدام ، صحت التسمية .

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، أو على طلاق ضررتها ، أو على العفو عن القصاص^(٤) ، أو على أن لا يخرجها من بلدها ، ونحو ذلك - فالكناح صحيح ، وبطلت التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن هذه الأشياء ليست بمال .

ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال . لكن لها فيه منفعة : إن^(٥) كان شيئاً يباح لها الانتفاع به^(٦) ، كطلاق الضرة والأمسك في بلدها ونحو ذلك : فإن وفي بالمنفعة وأوصل إليها ، فإنه لا يجب إلا المسمى ، إذا كان عشرة ، فصاعداً ، لأنها أسقطت حقها عن^(٧) مهر المثل ، لغرض صحيح ، وقد حصل . وإن لم يف بما وعد لها : إن كان ماسمى لها من المال مثل مهر المثل أو أكثر ، فلا شيء لها ، إلا ذلك

(١) في ح : « لا يجوز عليه استخدامها » .

(٢) في ح : « استخدام » .

(٣) في ح : « فاستحق العبد يجب عليه قيمته » .

(٤) في ب و ح : « قصاص » .

(٥) في ح : « لكن فيها منفعة بأن » .

(٦) في الأصل و ب و ح : « بها » .

(٧) في ح : « غير » - والمقصود فيما زاد على مهر المثل

المسمى، وإن كان ماسمى لها أقل من مهر مثلها، يكمل لها مهر مثلها، عندنا .
وعند زفر : إن كان ما وعد لها ، سوى المسمى ، شيئاً هو مال ،
كما إذا شرط أن يهدى لها هدية ، فلم يف : يكمل مهر المثل ^(١) ، وإن
كان شيئاً ليس بمال ، فلم يف : فلا يجب إلا المسمى .

والصحيح قولنا ، لأنها لم ترض بإسقاط حقها عن كمال مهر المثل
إلا بفرض ^(٢) مرغوب فيه عند الناس وحلال شرعاً ، فإذا لم يحصل
الفرض ^(٣) يعود حقها إلى المعوض ، وهو مهر المثل .

وأما إذا كان وعد لها شيئاً لا يباح الانتفاع به ^(٤) ، كالخمر
والخنزير : فإن كان المهر المسمى عشرة فصاعداً : يجب ذلك ، ويبطل
الحرام ، ولا يجب على الزوج تكميل مهر المثل ، لأن الخمر لا منفعة
للمسلم فيها ، فلا يجب لقواتها ^(٥) عوض .

. . .

وأما بيان ما يصح معه التسمية ، وما لا يصح - فنقول :

التسمية لا تصح مع الجهالة الفاحشة ، وتصح مع الجهالة المستدركة .

وبيان ذلك أن المهر أنواع ثلاثة :

نوع هو مجهول الجنس - وهذه الجهالة تبطل التسمية ، ويجب مهر

(١) « يكمل مهر المثل » ليست في ح .

(٢) و (٣) في ب : « بعوض » ، « المعوض » .

(٤) في الأصل وغيره : « بها » .

(٥) في ح : « ولا يجب بقواتها » .

المثل ، بالغاً ما بلغ .

وذلك نحو أن يتزوج على ثوب أو دابة أو حيوان أودار، لأن الثوب مجهول الجنس : يقع على الحز والبز^(١) ، وكل ذلك ينقسم أنواعاً مختلفة . وكذلك الدار : فإنها تختلف باختلاف البلدان ، والمحال ، والسكك ، وتختلف في أنفسها من حيث الصغر والكبر ونحو ذلك . ونوع هو معلوم الجنس والنوع ، يختلف الوصف والقدر - كما إذا تزوج امرأة على عبد أو أمة أو تزوج على^(٢) فرس أو على جمل أو على بقرة^(٣) ونحو ذلك - وهذا معلوم النوع مختلف الأوصاف^(٤) .

وحكمه أن الزوج بالخيار : إن شاء^(٥) أعطاها الوسط من ذلك ، وإن شاء أعطاها القيمة^(٦) ، وتجبر المرأة على القبول ، بخلاف البيع : فإن هذا لا يصلح ثمناً في باب البيع ، لأن النكاح يحتمل ضرباً من الجهالة ، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته ، فكل^(٧) جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا تمنع

(١) البز نوع من الثياب . وقيل : الثياب خاصة من أمتعة البيت . وقيل : أمتة التاجر من الثياب . وفي ح : « والبرد » .

(٢) « عبد أو أمة أو تزوج على » ليست في ب .

(٣) كذا في ح ، وفي الأصل : « وبقرة » . وفي ب : « أو بقرة » .

(٤) « وهذا معلوم ... الأوصاف » من ب . وفي ح : « فهذا معلوم النوع ومختلف الأوصاف » .

(٥) « شاء » من ب و ح .

(٦) في ب و ح : « قيمته » .

(٧) في ح : « وكل » .

صحة التسمية ، وجمالة الوصف والقدر نظير ذلك - فأما البيع : فلا يصح مع الجمالة أصلاً .

ونوع هو معلوم الجنس ، والنوع ^(١) ، والقدر ^(٢) ، والصفة - كما إذا تزوج على مكيل أو موزون موصوف في الزمة : فإنه يجوز ، ولا خيار للزوج في ذلك ، بل يجبر الزوج على دفعه إليها ، ولا يجوز أن يدفع قيمة ذلك ، إلا برضاها ، لأن هذا يثبت ديناً ^(٣) في الزمة صحيحاً - ولهذا جاز البيع به ^(٤) .

فأما إذا تزوج على كر حنطة مطلقة ولم يصفها : ذكر ههنا وقال : إن شاء الزوج أعطاها كراً وسطاً ، وإن شاء أعطاها قيمته .
وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه أنه قال ^(٥) : يجبر الزوج على تسليم الكر ، ولا يجوز له أن يدفع القيمة بدون رضاها - وعلى هذا مسائل .

. . .

وأما بيان ما يستحق به جميع المهر ، وما يسقط به النصف - فنقول ^(٦) :
المهر يستحق بالعقد .

(١) « والنوع » ليست في ب و ح .

(٢) « والقدر » ليست في ح .

(٣) « ديناً » ليست في ح .

(٤) في ح : « فيه » .

(٥) « قال » من ب و ح .

(٦) في ح : « وأما بيان ما يستحق به النصف فنقول » .

ويتأكد : بالوطء ، والخلوۃ الصحيحة ، وموت أحد الزوجين .

وهو نوعان : المسمى ، ومهر المثل .

فإن كان المهر مسمى ، وطلق بعد الوطء ، أو الخلوۃ الصحيحة ، أو وجد (١) موت أحد الزوجين : فإنه يجب كمال المهر (٢) المسمى - وهذا عندنا .

وعلى قول الشافعى : لا (٣) يتأكد بالخلوۃ .

ثم الخلوۃ الصحيحة أن لا يكون ثم مانع : من حيث الحس ، ولا من حيث الشرع .

أما من حيث الحس : < ف > كالمرض الذى يمنع (٤) الوطء ، ووجود ثالث فى الدار معهما ، وكون المرأة رتقاء (٥) .

وأما الجب (٦) : < ف > لا يمنع صحة الخلوۃ عند أبى حنيفة - خلافاً لهما .

(١) كذا فى ب و ح . وفى الاصل كذا : « أو بعد » .

(٢) « المهر » من ح .

(٣) « لا » ساقطة من ح : قال النزالى فى الوجيز (ح ٢ ص ٢٦) : « ولا يتقرر كمال المهر إلا بالوطء ، أو بموت أحد الزوجين ، ولا يتقرر بالخلوۃ على القول الجديد » .

(٤) فى ح : « بمنع من » .

(٥) امرأة رتقاء بينة الرقى : لى لم يكن لها خرق إلا المبال (المغرب) . وفى المصباح : رقت الفتى رتقا من باب قتل سددته .

(٦) أى استئصال الذكر والحسين - من الجب بمعنى القطع . والمجبوب هو الخصى (المغرب) .

والعنة ^(١) لا تمنع بالإجماع .

وأما من حيث الشرع : < ف > بأن كانت المرأة حائضا ، أو نفساء ، أو كان أحدهما صائما صوم شهر رمضان ، أو محرما ^(٢) بحجة ، فريضة أو نفلا . وفي غير صوم شهر رمضان روايتان .

وإن طلقها قبل الدخول بها : يجب نصف المهر ^(٣) المسمى ^(٤) ، سواء كان المهر عينا أو ديناً .

ولو زاد الزوج على المهر المسمى ، ثم طلقها قبل الدخول بها : فإنه يتنصف المسمى فى العقد ، ولا تتنصف الزيادة فى أشهر الروايات . وعن أبى يوسف أنه تتنصف الزيادة .

- وإن فرض المهر هو أو ^(٥) القاضى فى موضع لا تسمية فيه ، ثم

(١) « العنة على زعمهم اسم من النين وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء » المغرب .

(٢) « أو محرما » ساقطة من ح .

(٣) « المهر » من ب و ح . وفى ب : « يتنصف المهر »

(٤) « المسمى » ليست فى ب .

(٥) « هو أو » ليست فى ب و ح . والذى فيها : « وإن فرض القاضى المهر فى موضع ... » . وفى الكسافى (٢ : ٣٠٢ - ٣٠٣) : « ... فالطلاق الذى تجب فيه المنة نوعان : أحدهما أن يكون قبل الدخول فى نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده ... والثانى أن يكون قبل الدخول فى نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض بعده ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وهو قول أبى يوسف الأخير وكان يقول أولا يجب نصف المفروض كما إذا كان المهر مفروضاً فى العقد . » راجع أيضا : ابن الهمام على الهداية ، ٢ : ٤٤٢ - ٤٤٣ - فإ فى المتن صحيح وهو أوضح مما فى ب و ح .

طلق قبل الدخول ، فإنه لا يتنصف المفروض بعد العقد أيضاً .

وروى عن أبي يوسف أنه يتنصف .

وأما مهر المثل - فإنه يتأكد أيضاً ، بما يتأكد به المسمى ، من : الموت ، والدخول ، والحلوة .

وإذا طلقها قبل الدخول : فإنه لا يتنصف مهر المثل ، عندنا ^(١) - خلافاً للشافعي ^(٢) . ولكن تجب المتعة ، وهي ثلاثة أثواب : درع ، وخمار ، وملحفة ^(٣) . ويعتبر فيها حال الرجل ^(٤) ، كما في النذقة ، وهو الصحيح ، وفي مهر المثل يعتبر حالها .

(١) في ب و ح : « عندهما » . والصحيح ما في التت - راجع الكاساني (٢ : ٣٠٢) ، والبارقي وابن الهمام على الهداية (٢ : ٤٤١) .

(٢) هكذا في الأصل ب و ح . وفي الكاساني والمرغيناني والبارقي (في المواضع المذكورة في المأمش السابق) : « خلافاً لما لك » . وفي ابن الهمام (في الموضوع سالف البيان) أن الشافعي وأحمد كالحنفية فقد قال : « متعة المطلقة قبل الدخول - التي لم يفرض لها مهر في العقد - واجبة عندنا ، وعند الشافعي وأحمد » . أما في كتب المالكية فقد قال ابن جزي . (ص ٢٠٤) : « ولأن طلقها قبل الدخول فلا نصف لها إلا لأن كان قد فرض لها » وقال ابن رشد : (بداية المجتهد ، ٢١٤ : ٢) : « إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرات طائفة : يفرض لها مهر مئتاها ، وليس للزوج في ذلك خيار . فإن طلق بعد الحكم : فن هو لا ، من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شيء . أصلاً ، لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح - وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، ولما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها . . . » . وأما في كتب الشافعية فقد قال القزالي في الوجيز (٢ : ٢٩) : « ولا خلاف أنها لا تستحق الشطر عند الطلاق (أي قبل الدخول) إلا إذا جرى الفرض بد العقد . . . ومعنى الفرض تعيين الصداق أو تقديره . وكان الواجب بالعقد أو باليس المنتظر مهر المثل أو ما تراضى به الزوجان » وقال الشريفي الخطيب على ابن شجاع (الإقناع ، ٢ : ١٣٦) : « ولو طلق الزوج قبل فرض ووطء فلا شطر » . (٣) درع المرأة ما تلبسه فوق التميمص . والخمار ما تنطلي به المرأة رأسها . والملحفة الملاة وهي ما تتحف به المرأة (المغرب) .

(٤) في ب و ح : « الزوج » .

والمصلحة نوعان : واجبة ، ومستحبة :

فالواجبة - لا تكون إلا لمطلقة واحدة : وهي التي طلقها قبل الدخول بها ، في نكاح ، لا تسمية فيه .

وأما المستحبة - فهي ثابتة لكل مطلقة ، لم تستحق ، بالطلاق ، جميع المهر ، ولا نصفه ، إلا أن تكون الفرقة من قبل المرأة : فإنه لا يستحب^(١) فيها المصلحة ، مدخولا بها ، أو لم يكن ، لأنها جانية ، فكيف يستحب^(٢) إلا إحسان في حقها ؟

وأما يار ما يجب عليها من تسليم النفس ، وما لها من حق^(٣) المنع - فنقول :

إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر .
فقبل تسليم المهر^(٤) إليها : لها أن تمنع نفسها من الزوج ، ولها أن تسافر ، وتذهب حيث شاءت ، بغير إذن الزوج .
وإن سلم المهر إليها : فله أن يطالبها بتسليم النفس إليه ، والدخول في بيته ، والتمكين من الاستمتاع بها . ولا يجوز لها أن تخرج من بيت الزوج إلا بإذنه : لا^(٥) إلى سفر ، ولا إلى زيارة الأبوين ، ولا إلى

(١) في ح : « لا يستحق » . وفي ب : « فإنها لا تستحب » .

(٢) في ح : « وكيف يستحق » .

(٣) « حق » ليست في ب . و « وما لها من حق » ليست في ح فقها : « النفس والمنع » .

(٤) « قبل تسليم المهر » من ب و ح .

(٥) في ب : « ولا » .

قضاء حاجة ما^(١) ، إلا سفر الحج ، إذا كان عليها حجة الإسلام ، ووجدت محرماً .

وإن بقي درهم من المهر على الزوج : فلها حق المنع ، وأن تخرج من مصرها .

هذا إذا كان المهر حالاً^(٢) . فأما إذا كان المهر مؤجلاً إلى أجل معلوم : < ف > يجب عليها تسليم النفس ، للحال ، عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ، لأنها رضىت بإسقاط حقها . فلم يسقط حق الزوج بدون رضاه .

وقال أبو يوسف آخرأ : لها أن تمنع نفسها ، بالمؤجل ، لأن حق الاستمتاع بها بمقابلة تسليم المهر ، فتي طلب تأجيل المهر ، فقد رضى بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو كان مؤجلاً إلى أجل غير^(٣) معلوم ، كما إذا أجل إلى الميسرة ، وأقال : « أتزوجك على ألف مؤجلة » : فإنه يثبت المهر حالا ، ويبطل الأجل . ولو كان بعضه حالا ، وبعضه مؤجلاً ، أجلاً معلوماً^(٤) : فليس لها أن تمنع نفسها بالاجتماع : أما عندهما ، فلا أن الزوج ما رضى بإسقاط حقه .

(١) في ب : « حاجتها » وفي ح كذا : « حاجة إما إلى سفر ... » .

(٢) « هذا إذا كان المهر حالا » وردت في ح بعد قوله : « ووجدت محرماً » . وقيل : « وإن بقي درهم » الوارد في السطرين الثاني والثالث في هذه الصفحة .

(٣) « غير » ليست في ح .

(٤) « أجلاً معلوماً » من ب .

وأما عند أبي يوسف : فلائنه لما عجل البعض^(١) ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو لم يدخل بها الزوج حتى حل أجل الباقي ، فكذلك الجواب ، لما قلنا .
فأما إذا كان السكل مؤجلاً ، وشرط أن يدخل بها ، قبل أن يعطيها :
فله^(٢) ذلك ، عند أبي يوسف أيضاً ، لائنه لما شرط الدخول ، لم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع .

ولو مكنت المرأة ، برضاها ، حتى وطئها ، قبل تسليم المهر إليها ، وقد تزوجها من غير أجل ، ثم أرادت أن تمنع نفسها بعد ذلك : فلها ذلك عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد^(٣) : ليس لها ذلك .

فهما يقولان : إن التسليم الصحيح قد وجد ، حتى يتأكد المهر ، فلا^(٤) يكون لها حق الامتناع^(٥) ، كما في البيع^(٦) : إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن : صحيح ، وليس له حق الرجوع - كذا هذا .
وأبو حنيفة يقول : إن المهر مقابل بالاستمتاع ، في جميع العمر ، لا^(٧)

(١) « البعض » من ب . وفي الأصل و ح : « النصف » .

(٢) في ح : « فليس له » . وفي ب : « فلها » .

(٣) « ومحمد » ساقطة من ح .

(٤) في ح : « أو لا » .

(٥) في ب و ح : « حق الاسترجاع » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل : « المبيع » .

(٧) « لا » ساقطة من ح .

بمجرد تسليم النفس ، بدليل أنها لو انتقلت إلى بيت الزوج ، كان لها حق المنع ، ما لم تقبض المهر ، وقد وجد تسليم بعض المنفعة ، فكان لها ^(١) حق منع الباقي ، كما لو باع عبيدين ، فسلم أحدهما قبل قبض الثمن : كان له أن يحبس الآخر ، حتى يستوفي الثمن ^(٢) .

وأما بيان المهر في الزوجين في المهر - فنقول :

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر : فقال الزوج : « تزوجتها على ألف درهم » ، وقالت المرأة : « على ألفين » :

فإن كان لأحدهما بينة : تقبل بينته ، ولا يقبل قول الآخر .
وإن كان لهما بينة : فينة المرأة أولى ، لأنها أكثر إثباتاً .
وإن لم يكن لهما ^(٣) بينة : تحالفا ، ويبدأ يمين الزوج : فإن نسكل ، يقضى عليه بما تدعيه المرأة . وإن حلف ، تحلف المرأة : فإن نسكلت ، يقضى عليها ^(٤) بما يدعيه الزوج . وإن حلفت ، سقط اعتبار التسمية ، بالحلف ، ويحكم بمهر ^(٥) المثل ، الذي هو العوض الاصل ، فإن كان مهر

(١) « لها » ليست في ح .

(٢) « كما لو باع . . . الثمن » ليست في ب و ح - والذي فيها : « . . . منع الباقي كما في الإجارة المطلقة : إذا سلم الدار أو النفس ، قبل قبض الأجرة كلها ، كان له حق المنع بعد ذلك في حق ما لم يقبض - كذا هذا » وما في الكاشاني (٢ : ٢٨٩ — ٢٩٠) مثل ما في المتن .

(٣) في ج : « لها » .

(٤) « عليها » من ب و ح .

(٥) الباء من ب و ح .

مثلاً^(١) مثل ما قال الزوج ، أو أقل : فلها ما قال الزوج ، لأن الظاهر شاهد له . وإن كان مثل ما ادعت المرأة أو أكثر : فلها ما ادعت . وإن كان مهر مثلاً فوق ما قال الزوج^(٢) ، ودون ما ادعت : فلها مهر مثلاً . وقال أبو يوسف : القول قول الزوج ، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً ، لأنه منكر ، إلا إذا خالفه^(٣) الظاهر - وتفسير المستنكر^(٤) ، في رواية : أن يكون أقل من عشرة دراهم . وفي رواية : أن يذكر شيئاً لا تنزوج مثل تلك المرأة عليه - وهو الأصح^(٥) ، لأن المهر في الشرع لا يكون أقل من عشرة دراهم^(٦) .

وذكر أبو الحسن^(٧) التحالف في الفصول الثلاثة .

وعن أبي بكر الرازي^(٨) أن التحالف يكون في فصل واحد ، وهو ما إذا لم^(٩) يشهد مهر المثل لدعواهما ، فأما إذا كان مهر المثل مثل^(١٠)

(١) « الذي هو ٠٠٠ مهر منها » ساقطة من ب . وفي ح : « الذي هو الفرض الأصلي . وإن كان مهر مثلاً » .

(٢) هنا تكرار في ب .

(٣) في ح : « إلا أن يأتي بشيء منكر إلا إذا خالفه » .

(٤) في ح : « المنكر » .

(٥) في ح : كذا : « أن يذكر شيئاً قبل تلك المرأة ب - وهو الأصح » .

(٦) « دراهم » من ب .

(٧) أي الكرخي - راجع ترجمته في الهامش ٣ ص ٩ من الجزء الأول .

(٨) راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٩) « لم » ساقطة من ح .

(١٠) « مثل » ليست في ب .

ما يدعيه أحدهما ، فالظاهر شاهد له ، فلا حاجة إلى التحالف .

والصحيح ما قاله أبو الحسن ، لأن مهر المثل لا يعتبر عند وجود التسمية ، فلا ^(١) يسقط ^(٢) اعتبار التسمية إلا بالحلف ، لأن الظاهر لا يكون حجة على الغير .

وعلى هذا الخلاف : إذا قال الزوج : « تزوجتك على هذا العبد » ، وقالت المرأة : « على هذه الجارية » - إلا في فصل واحد وهو أنه إذا ^(٣) كان مهر مثلاً مثل قيمة الجارية أو أكثر ، فلها قيمة الجارية لا غيرها ، لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ، ولم يتفقا عليه ، فوجب القضاء بقيمتها ^(٤) .

وعلى هذا الأصل ^(٥) : إذا اختلفا في طعام بعيه : فقال الزوج : « إنه كُر » ، وقالت المرأة : « شرطت ^(٦) أنه كُران » - لأن القدر معقود عليه في الطعام المعين ، بخلاف القدر في الثوب المعين : فإنه بمنزلة الصفة - والاختلاف في مقدار ما يتعلق ^(٧) العقد على قدره يوجب ^(٨)

(١) في ب : « ولا » .

(٢) زاد هنا في ح : « عند » .

(٣) « إذا » : ليست في ح .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « بقيمتها » .

(٥) « الأصل » من ب .

(٦) « شرطت » من ب . وفي ح : « اشترطت » .

(٧) زاد في ح هنا : « به » .

(٨) في ح : « فوجب » . وفي ب : « فإنه يوجب » .

التحالف، فأما الاختلاف، في الصفة، في المبيع المعين^(١) فلا. فأما الذرع^(٢) والكيل والصفة إذا كان في الذمة، فهو معقود عليها^(٣)، فإذا اختلفا فيها تحالفا.

وعلى هذا أيضاً: إذا ادعى أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، فهو مثل الألف والألفين^(٤)، يعني أن مهر مثلها إن كان مثل^(٥) مائة دينار أو أكثر، فلها مائة دينار، لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير، فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض، بخلاف العبد والجارية^(٦)، لما ذكرنا.

ولو طلقتها قبل الدخول بها: فلها نصف الألف في مسألة الألف^(٧) والألفين^(٨)، بالاتفاق، لأن مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول، ولا يمكن التحكيم^(٩) به، فيجب المتيقن^(١٠)، وهو نصف الألف. وفي مسألة الجارية والعبد^(١١): لها المتعة، إلا أن ترضى أن يأخذ نصف العبد^(١٢).

(١) في ب: «في باب بيع العين». وفي ح: «في باب البيع العين».

(٢) في ح: «وأما بالذرع».

(٣) هنا تكرار في ب. (٤) راجع ص ٢١٣.

(٥) «مثل» من ب وح.

(٦) في ب: «العبد والخادم».

(٧) في مسألة الألف «ليست في ب».

(٨) بأن قال الزوج: «تزوجتها على ألف درهم»، وقالت الزوجة: «على ألفين».

راجع ص ٢١٣.

(٩) في ب: «فلا يمكن التحكيم».

(١٠) زاد هنا في ب: «به».

(١٢) في ب: «لأن رضى أن يأخذ نصف الجارية». وفي ح: «لأن يتراضيا أن

يأخذ نصف الألف فيهما». راجع الكسافي (٢: ٣٠٨) وفيه مثل ما في ب.

لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما ، فلم يمكن القضاء بنصف الآخر ، إلا باختيارهما ، بخلاف الآخر والآخرين .

وأما إذا كان المهر ديناً ^(١) ، فاختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته ^(٢) : فهو كالاختلاف في العبد ^(٣) ، لأن كل واحد من الجنسين لا يملك إلا بالتراضي ، فهو كالاختلاف في العبد ^(٤) و ^(٥) .

وأما بيان التلجئة في المهر - فنقول :

التلجئة والهزل إما أن يكون في نفس النكاح ، أو في مقدار المهر ، أو في جنس المهر .

أما في نفس ^(٦) النكاح - < ف > لا تصح التلجئة ، ويصح النكاح ^(٧) .
وصورته : إذا تواضعا في السر على أن يظهر النكاح ، رياء ^(٨) وسمعة ، ولا يكون نكاح بينهما حقيقة ، فأظهرا عقد النكاح ، بشرائطه ، عند الناس - فإن النكاح صحيح ، وإن ثبتا على المواضعة ، لأن النكاح لا يفسد مع الهزل ، لقوله عليه السلام : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : العتاق ، والطلاق ، والنكاح » .

(١) في ب و ح : « ديناراً » .

(٢) في ح : « ونوعه وصفته » .

(٣) في ب : « في العبد » .

(٤) « لأن كل ... في العبد » من ت و ح . راجع ص ٢١٥ و ٢١٦ .

(٥) زاد في ب هنا : « والله أعلم » .

(٦) في ب : « في جنس » .

(٧) « التلجئة ويصح النكاح » من ب و ح .

(٨) راجع الهامش ٤ ص ١٩٩ .

أما إذا كان الهزل في مقدار المهر - بأن اتفقا في السر على أن يكون المهر مائة ، ويظهرا مائتي درهم ، فتزوجا^(١) على مائتين ظاهراً - فعن أبي حنيفة روايتان :

في رواية : المهر ما أظهره ، وما ذكر في الباطن لا يعتبر ، لأن المهر تابع للنكاح ، وإنه يصح مع الهزل - فكذا المهر .

وفي رواية : المهر مائة ، ولا يصح مع الهزل - وهو قول أبي يوسف ومحمد .
وأما إذا كان الهزل في الجنس - بأن تواضعا على أن يكون المهر^(٢)

ألف درهم ، ولكن أظهر مائة دينار ، سمعة ورياء ، وعقدا على مائة دينار : ففي رواية : لها مهر المثل . وفي رواية : لها مائة دينار .

ولو تزوجا تزويجاً باتاً ، قاطعاً ، في السر ، على مهر مسمى ، ثم أظهر غير ذلك في العلانية : لم يعتبر الظاهر ، لأن النكاح قد انعقد ، في السر ، حقيقة ، فلا يكون الظاهر^(٣) معتبراً .

ولو تواضعا أن يقرأ بالنكاح ، وأقرأ بذلك ، ولم يكن بينهما نكاح : لم يلزمهما النكاح ، لأن الإقرار إخبار^(٤) ، فلا^(٥) يصح مع الهزل ، كما لا يصح مع الإكراه^(٦) .

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « فتزوجا » .

(٢) « المهر » ليست في ح .

(٣) كذا في ح . وفي الأصل وب : « في » .

(٤) « الظاهر » ساقطة من ح .

(٥) في ب : « ولم » . (٦) في ح : « اختيار » .

(٧) في ح : « ولا » . (٨) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب الولى

الولاية فى باب النكاح نوعان :
أحدهما - فى حق الصغار ، والصغار^(١) ، ومن كان فى معناهم ،
من البالغين ، وهم المجانين .
والثانى - فى حق البالغات العاقلات^(٢) .

أما الأول

فلا خلاف أن ولاية النكاح ثابتة للوالدين والمولودين ، فى حقهم^(٣) ،
ولاية الاستبداد ، حتى يجوز نكاحهم فى حق جميع الأحكام ، ولا
يثبت الحيار ، بعد البلوغ ، استحساناً .
ثم إنما يجوز النكاح من الأب والجد إذا زوجا من كفء ، بمهر المثل .
فأما إذا زوجا من غير كفء ، أو^(٤) بمهر قاصر : <ف> يجوز عند أبى حنيفة .
وقالا : لا يجوز .

(١) هكذا فى جميع النسخ - والمقصود جمع « صغيرة » . وهذا الجمع على خلاف المنقول ،
والمنقول أن صغيرة تجمع على صغار كصغير ، ولا تجمع على صغار . والمقصود بالصغيرة الصفة ،
لا الاسم بمعنى الخطيئة : فهذه تجمع على صغار (المصباح) .

(٢) فى ب : « البالغين العاقلين » وهو خطأ .

(٣) « فى حقهم » من ب و ح .

(٤) « أو » ليست فى ب و ح .

ثم إذا اجتمع الأب والابن في حق الكبيرة المجنونة :
قال أبو حنيفة : الابن أولى ، لأن الابن أقرب العصبات .
وقال محمد : الأب أولى ، لأنه أولى بالنصرف في مالها ، فكذا
في نفسها .

وعن أبي يوسف روايتان : في رواية محمد عنه أن الابن أولى ، وفي
رواية المعلّى^(١) عنه : أيهما زوج : جاز - فإن اجتمعا ، فينبغي للابن أن
يفوض التزويج إلى الأب ، تعظيماً له .
ثم بعد الوالدين والمولودين ، تثبت الولاية للعصبات : الأب أقرب
فالأقرب - عندنا .

وقال الشافعي : لا تثبت لغير الأب والجد ، ولكن تثبت للإمام والقاضي .
وإذا جاز النكاح عندنا ، يثبت الخيار للصغير ، والصغيرة ، بعد البلوغ ،
عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : لا يثبت الخيار ،
وإذا ثبت لهما الخيار : فإن اختار الفرقة ، يكون فسخاً - حتى لا يجب
المهر قبل الدخول ، ولا يصح ذلك^(٢) إلا بقضاء القاضي ، بخلاف خيار^(٣)
المعتقة ، حيث يكون فسخاً ، بغير قضاء القاضي .

وأما القاضي والسلطان : إذا زوج الصغير و^(٤) الصغيرة ، في حال^(٥) -

(١) راجع ترجمته في الهامش ٩ ص ٣٠ من الجزء الأول .

(٢) « ذلك » من ب و ح .

(٣) « خيار » من ب و ح .

(٤) في ح : « أو » .

(٥) زاد هنا في ب : « له » .

الولاية ، فلهما ^(١) الخيار ، على قياس ظاهر الرواية - فإنه قال ^(٢) : إذا زوجها ^(٣) غير الأب والجد ، فلهما الخيار .

وروى خالد بن صبيح المروزي ^(٤) عن أبي حنيفة أنه لا خيار لهما . وقال > أبو يوسف < ^(٥) : لا ^(٦) خيار لهما .

وإن اختارا ^(٧) النكاح ، بطل الخيار . فأما إذا سكتا : فإن كانت صغيرة بكراً ، فسكوتها ، عقيب بلوغها ، يكون رضا ، ويسقط خيارها ، علمت الخيار أو لم تعلم ، بخلاف خيار المعتقة : إنه لا يسقط بدون العلم . وإن كانت ثيباً ، لا يبطل خيارها ، إلا بالقول أو الفعل الذي يدل على الرضا ، وهو التمكين من الاستمتاع بها ، أو مطالبة المهر ، أو النفقة ، ونحو ذلك . وأما في الغلام : > فالبكر والثيب سواء : لا يبطل خيارهما ^(٨) .

(١) في ح : « فلهما » . .

(٢) « قال » من ب و ح .

(٣) في ح : « زوجها » .

(٤) ذكر القرشي في الجواهر (ح ١ ص ٢٢٩) هذه المسألة في ترجمته ، وأنه قيل عنه

إنه صدوق . ولم يذكر تاريخ وفاته ولا شيئاً ذا بال .

(٥) و (٦) في ح : « وقال محمد : الخيار لهما » . وفي الأصل ب : « محمد » وهو خطأ : قال محمد في الجامع الصغير (ص ٣٢) : « رجل زوج بنت أخيه ابن أخيه ، وهما صغيران : جاز ، ولهما الخيار إذا بلغا ، خلافاً لأبي يوسف ولأن زوج ابنته ابن أخيه : فلا خيار لهما ، ولأن الأخت الخيار . وقال أبو يوسف : لا خيار لابن الأخت أيضاً » . وقال الكاساني (٢ : ٣١٥ : ١٩) : « فإن كان غير الأب والجد من الأولياء ، كالأخت والعلم ، لا يلزم النكاح ، حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ - وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - وعند أبي يوسف : هذا ليس بشرط ، ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء ، حتى لا يثبت لهما الخيار » . راجع أيضاً : المرغيناني ، الهداية ، وشروحا :

٢ : ٤٠٧ - ٤٠٨ .

(٧) في ح : « اختار » .

(٨) في ب : « خياره » . وفي ح : « خيارها » .

بالسكوت، بل يشترط الرضا به^(١) صريحاً ، أو دلالة الفعل^(٢) ، كما في الصغيرة الثيب^(٣) .

هذا الذى ذكرنا إذا كان الاقرب حاضراً ، أو غائباً غيبة غير^(٤) منقطعة . فاما إذا كان غائباً غيبة منقطعة : تنتقل الولاية إلى الابعد ، عندنا ، خلافاً لزر .

وعند^(٥) الشافعى أنها^(٦) تنتقل^(٧) إلى السلطان .

واختلفت الروايات فى تفسير الغيبة المنقطعة :

روى عن محمد : ما بين الكوفة والرى^(٨) .

وعن أبى يوسف : ما بين بغداد والرى^(٩) .

وقال محمد بن شعاع^(١٠) : إن كان غائباً فى موضع لا تصل إليه القوافل

والرسل فى السنة إلا مرة واحدة ، فهو غيبة منقطعة ، وإلا فلا .

وعن الشيخ الاإمام أبى بكر محمد^(١١) بن الفضل البخارى أنه قال : إن

(١) « به » من ب و ح .

(٢) « الفعل » ليست فى ح .

(٣) فى ب : « كما فى الصغير والثيب » وهو خطأ .

(٤) « غير » ساقطة من ح .

(٥) « عند » من ب و ح (راجع الكسانى : ٢ : ٢٥٠ : ٢٥) .

(٦) « أنها » ليست فى ب و ح .

(٧) « تنتقل » ليست فى ح .

(٨) « الرى » مدينة كبيرة من مدن الجبال فى العراق . والنسبة إليها « رازى » وهى من

شواذ النسب (النووى فى التهذيب) .

(٩) هكذا فى ب و ح . وفى الاصل : « البنداذ » .

(١٠) التالىجى - راجع ترجمته فى الهامش ٦ - ٧ ص ١١٨ - ١١٩ من الجزء الاول .

(١١) « محمد » ساقطة من ح . هو إمام بخارى وقد توفى سنة ٣٨١ هـ (القوائد : ١٨٤ -

١٨٩ . والجواهر ، ٢٠ : ١٠٧ - ١٠٨) .

كان في موضع لا ينتظر الخاطب حضوره وبلوغ إذنه ، تكون منقطعة ، وإلا فلا .
ثم إذا لم يكن واحد من العصبات ، ولكن من ذوى الأرحام الذين
يرثون . من ^(١) الرجال والنساء ، فإن لهم ولاية التزويج : الأُقرب
فالأقرب أولى ^(٢) ، كالأُم والعمة والحال والحالة ^(٣) ، وهو المشهور
من الرواية عن أبي حنيفة : رواها أبو يوسف ومحمد .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يزوج الصغير و ^(٤) الصغيرة إلا
العصبة - وهو قول أبي يوسف ومحمد ^(٥) .

ثم إذا عدم الأُولياء ، على القوانين ، فتنقل الولاية إلى السلطان ،
ونائبه القاضي .

ثم ^(٦) مولى العتاقة آخر العصبات ، وهو أولى من ذوى الأرحام ،
بلا خلاف .

وأما مولى الموالاة : < ف > يزوج عند أبي حنيفة ، عند عدم العصبة
وعند الورثة ، لأنه آخر الورثة .

وعلى قولهما : لا يزوج ، لأنه ليس بعصبة .
.

(١) في ب : « عن » .

(٢) هكذا في ب و ح . وجاءت كلمة « أولى » في الأصل بعد الأمثلة التالية مما قد
يحدث لسأ . وهذه الكلمة ليست في السكاسي ، ٢ : ٢٤٠ : ٣ من أسفل . راجع المرغباني في
الهداية ، ٢ : ٤١٣ .

(٣) « كلام ... والحالة » ليست في ب و ح .

(٤) « الصغير و » من ح .

(٥) راجع في الاختلاف في الرواية : ابن المهام . ٢ : ١٣ : ٤١٣ .

(٦) في ح : « فأما »

والنوع الثاني - وهو في حق الكبيرة العاقلة :

قال أبو حنيفة وزفر: ليس لأحد عليها ^(١) ولاية، بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها ^(٢) الولاية، بطريق الندب والاستحباب، وهو قول أبي يوسف الأول - حتى إن المرأة العاقلة إذا زوجت نفسها، من كفاء، مهر وافر، فإنه يجوز، وليس للأولياء حق الفسخ، وإذا زوجت من غير كفاء، فلم يجرى حق الفسخ. وإذا قصرت عن مهر مثلها: كان للأولياء حق الفسخ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: ليس لهم ولاية الفسخ ^(٣) - وإنما يتصور الخلاف عندهما إذا أذن الولي ^(٤) لها بالتزويج، وعند الشافعي إذا أذن الولي رجلاً بأن يزوجه، فزوجها، بمهر قاصر. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي بأن لهم ولاية التزويج في حق الكبيرة العاقلة - لكن اختلفوا فيما بينهم فيما إذا زوجت نفسها من غير إذن الولي: قال الشافعي: لا يجوز أصلاً، ولا يتوقف على إجازة الولي. وقال محمد: يتوقف على إجازة الولي، ولا نفاذه، للحال - حتى لو وطئها، يكون وطئاً، حراماً، وليس فيه طلاق، ولا ظهار، ولو ماتا لم يتوارثا. وعن أبي يوسف روايتان: في رواية: إذا مات أحدهما قبل أن يجيزه الولي، والزوج كفاء: يتوارثان. وفي رواية الحسن عنه: أنهما لا يتوارثان، كفتاً كان أو غير كفاء.

(١) في ب و ح: «عليها» . (٢) في ح: «عليها» .

(٣) «ليس لهم ولاية الفسخ» ليست في ح.

(٤) «الولي» من ب. وفي ح: «المولى» .

وأما بيان أن الولاية ثابتة على الكبيرة ، المأقلة ، بطريق الناب -
عند أبي حنيفة > فنقول < :

- إنها^(١) إذا زوجت من غير كفء : > < لا ولياء حق الاعتراض .
- وكذلك المرأة إذا طلبت من الولي التزويج ، من كفء ، فامتنع
الولي : > فإنه < يصير عاضلاً^(٢) ، وتثبت الولاية للسلطان .

- وكذلك إذا زوجها الولي ، بغير رضاها ، وبلغها الخبر ، وسكنت ،
أو في الابتداء^(٣) استأمرها الولي ، فسكنت - يكون سكوته رضا .
وفي تزويج الأجنبي : إذا بلغها الخبر ، فسكنت ، لا يكون إجازة ، إلا
بالقول صريحاً أو دلالة .

وإذا زوج المرأة ولي ، فقالت : « لم أرض ولم آذن » ، وقال الزوج :
« قد آذنت » ، فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى عليها^(٤) الآذن
والرضا^(٥) ، وهي تنكر^(٦) . فيكون القول قولها ، ولا يعين عليها^(٧)
عند أبي حنيفة . وعلى قولها القول قولها مع اليمين . والتحالف لا يجري^(٨)

(١) في ح : « منها » .

(٢) المضل : لغة هو المنع . وشرعاً هو منع الأئمة (وهي الأئمة التي لا زوج لها كبيرة أو
صغيرة : الكسانى ، ٢ : ٢٤٥ : ٢) من التزويج ، ومنع الزوج امرأته من ح - من الصعبة اغتدى
منه - وكلاهما محرم بنص القرآن العزيز (النورى ، التهذيب) . وفى ح : « يصير مائناً » .

(٣) زاد في ب هنا : « أو » .

(٤) « عليها » ليست في ب .

(٥) « والرصا » ليست في ب .

(٦) في ح : « وهو ينكر » .

(٧) « عليها » ليست في ب .

(٨) في ب و ح : « لا يجزى » .

في الأشياء الثمانية (١) - وهذا الفصل من مجملها .

(١) هكذا في الأصل وغيره ، وسيأتي في كتاب الدعوى والبيانات من هذا المؤلف أنها سبعة . ونرى من باب البيان أن نورد هنا ما قاله الكشافى (٢ : ٢٤٣ : ٨ من أسفل (٢٤٤) : « وإذا زوج التيب البالغة ولى ، فقالت : « لم أرض ولم آذن » وقال الزوج : « قد آذنت » فاقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى عليها حدوث أمر لم يكن ، وهو الإذن والرضا ، وحى تنكر ، فكان القول قولها . وأما البكر إذا تزوجت فقال الزوج : « بملك العقد فسكت » فقالت « رددت » ، فاقول قولها عند أصحابنا الثلاثة . وقال زفر : القول قول الزوج - وجه قوله ... ثم في هذين الفصلين : لا يمين عليها في قول أبي حنيفة ، وفي قولها : عليها اليمين - وهو الخلاف المعروف : أن الاستحلاف [المعروف] لا يجرى في الأشياء الستة عنده ، وعندنا : يجرى - والمسألة تذكر لأن شاء الله تعالى في كتاب الدعوى . وفي كتاب الدعوى ذكر الكشافى (٦ : ٢٢٥ : ٤ من أسفل - وما بعدها) : « وأما شرائط الوحوب [وجوب اليمين] فأشياء : منها : ... (٢٢٧ : ١) ومنها - أن يكون المدعى مما يحتمل الإقرار سواء احتمل البذل أو لا - وعلى هذا محتملا للإقرار ؛ وعندنا أن يكون مما يحتمل الإقرار سواء احتمل البذل أو لا - وعلى هذا يخرج اختلافهم في الأشياء السبعة : أنها لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهى : النكاح ، والرجعة ، والقي ، فى الإيلاء ، والنسب ، والرق ، والولاء ، والاستيلاء . أما النكاح فهو أن يدعى رجل على امرأة أنها امرأته ، أو تدعى امرأة على رجل أنه زوجها ، ولا يثبت المدعى ، وطالب يمين المنكر . وأما الرجعة فهو أن يقول الزوج المطلقة بعد انعقاد عدها « قد كنت راجعتك » وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن إقامة البينة ، فطالب يمينها . وأما القى فى الإيلاء فهو أن يكون الرجل آتى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال « قد كنت مثلك بالجماع فلم تبيني » فقالت : « لم تنى لى » ، ولا يثبت للزوج ، فطلب يمينها . وأما النسب فنحو أن يدعى على رجل أنه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل ، ولا يثبت له ، وطالب يمينه . وأما الرق فهو أن يدعى على رجل أنه عبده ، فأنكر وقال « إنه حر الأصل لم يجر عليه رق أبداً » ولا يثبت المدعى ، فطلب يمينه . وأما الولاء فإنه يدعى على امرأة أنه أعنت أمها وأن أباه مات وولاه بينهما نصفان ، فأنكرت أن يكون أعنته وأن يكون ولأوه ثابته منه ، ولا يثبت المدعى ، فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء . وأما الاستيلاء فهو أن تدعى أمة على مولاهما تقول : « أنا أم ولد لمولاي وهذا لودى » فأنكر المولى .. لا يجرى الاستحلاف فى هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة وعندنا يجرى . والدعوى من الجانبين تصور فى الفصول الستة وفى الاستيلاء لا يتصور إلا من جانب واحد وهو جانب الأمة ... الخ » وقال ابن المظام (٢ : ٤٠٤) : « ... وهى مسألة الاستحلاف فى الأشياء الستة وزيد عليها دعوى الأمانة : أنها أسقطت مستين الخلق فصارت أم ولد ، وجمتها فى هذين البينين :

نكاح ، وفية ، إيلاءه ، ورقى ، ورجع ، ولوا ، نسب
ودعوى الإماء أمومية : فليس بها من يمين وجب

وقد قال أصحابنا : إذا زوجت البكر ، فقال الزوج : « بلغك الخبر ^(١) » فسكت ، وقالت : « رددت » . فالقول قولها ، خلافاً لـ زر ، لأنها منكورة في الحقيقة ، وإن كانت مدعية الرد ^(٢) ظاهراً .

ثم اختلفت الأحكام بين البكر ، والثيب ، فلا بد من تفسيرهما - فنقول : كل من زالت عذرتها بوثة ، أو طفرة ، أو حيضة ، أو طول التعنيس : فهي في حكم الأبكار ، في قولهم .

ومن زالت عذرتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب : فهي في حكم الثيب ، بالاجماع .

وأما إذا زالت بكارتها بالزنا ^(٣) : < ف > قال أبو حنيفة : تزوج كما تزوج الأبكار ، وقالوا والشافعي ^(٤) : تزوج الثيب - وهي مسألة معروفة . ثم لا خلاف بين أصحابنا أن الكفاءة معتبرة في النكاح .

وقال مالك وسفيان الثوري ^(٥) ، وهو اختيار أبي الحسن الكرخي : لا اعتبار للكفاءة ، لقوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ^(٦) . والصحيح قول العامة ، لقوله عليه السلام : « لا يزوج النساء إلا الأولياء ،

(١) في ب و ح : « المقد » .

(٢) في ب و ح : « للرد » .

(٣) « بالزنا » ليست في ح .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل : « وقالوا » . وفي ح : « وقال أبو يوسف ومحمد » دون ذكر الشافعي . وفي الكسائي (٢ : ٢٤٤ : ٨) : « وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي » .

(٥) « الثوري » من ب و ح . راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ١٤٩ ح ١ .

(٦) الحجرات : ١٣ : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير » .

ولا يزوجن إلا من الأ^١ كفاء^(١) .

ثم اختلف أصحابنا في شرائطها :

قال أبو حنيفة : الكفاءة تعتبر في خمسة أشياء : الحرية ، والنسب ، والمال ، والدين ، وإسلام الآباء .

قال محمد : الكفاءة في الدين والتقوى ليس بشرط ، إلا أن يكون فسقاً هو شين في العرف^(٢) ، نحو أن يُصفع^(٣) ، أو يسكر ويمشى في الأ^٤ سواق فيستخر منه .

و^(٤) أما الحرية - < شرط - حتى لا يكون العبد ، والمكاتب ، والمدبر كفتاً للحرية بحال^(٤) ، لأن الرق نقص وشين فوق النقص في النسب . وأما النسب - فالعرب بعضهم أ^٥ كفاء لبعض ، ولا يكونون أ^٥ كفاء لقريش ، وقريش بعضهم أ^٥ كفاء لبعض ، الأ^٥ على والأ^٥ دنى سواء ، حتى لا يفضل الهاشمي على قرشي ليس بهاشمي . قال محمد : إلا أن يكون أمراً مشهوراً فيها ، مثل البيت الذي فيه الخلافة^(٦) ، ولا يكون المعجم والموالي أ^٥ كفاء للعرب . والموالي بعضهم أ^٥ كفاء لبعض . ويكون موالى العرب

(١) في ح : « الكفاءة » . (٢) في ح : « في العرب » .

(٣) الصفع لغة أن يسطط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه - فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال : ضربه بجمع كفه (المصباح) .

(٤) الواو من ب .

(٥) هكذا في ب و ح . وفي الأصل تشبه أن تكون : « للحال » .

(٦) في الكاساني (٢ : ٣١٩ : ١٠) : « واستثنى محمد بيت الخلافة فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفتاً له » . عبارة « قال محمد : إلا أن يكون... الخلافة » ليست في هذا الموضع في ب و ح . راجع فيما بعد الهامش ٤ ص ٢٢٩ .

أ كفاء لموالى قريش . وأصله الحديث : « قريش بعضها ^(١) أ كفاء لبعض ،
والعرب بعضها ^(٢) أ كفاء لبعض . والموالى بعضها أ كفاء لبعض : حتى يحى
وقيلة بقبيلة ^(٣) و ^(٤) .

وأما المال - فالمعتبر فيه القدرة على المهر والنفقة ، حتى إن من لا يقدر
على المهر والنفقة ، ليس ^(٥) بكفاء .

وقال بعض المشايخ : إنه يعتبر الكفاءة فى المال ، فيما سوى المهر
والنفقة ، لأن الغنى سبب الشرف ، فى العادة ، بمنزلة النسب .

وأما إسلام الآباء - فكل من كان له أب واحد فى الإسلام : لا يكون
كفئاً لمن كان له آباء فى الإسلام . وكل من كان له أبوان فى الإسلام
فصاعداً : يكون كفئاً لمن كان له آباء كثيرة ^(٦) فى الإسلام .

وفى الحرية : يجب أن يكون هكذا ، لأن الشرف يقع بحرية الآباء .

وأما الكفاءة فى الحروف والصناعة - < ف > على قول أبى حنيفة : لا يعتبر .

وعلى قول أبى يوسف : يعتبر - حتى لا يكون الحائث كفئاً

للصيرفى والصائغ .

(١) و (٢) فى ح : « بعضهم » .

(٣) الحديث فى الكسانى (١ : ٣١٩ : ٢) كما يلى : « قريش بعضهم أ كفاء لبعض ،
والعرب بعضهم أ كفاء لبعض : حتى يحى ، وقيلة بقبيلة . والموالى بعضهم أ كفاء لبعض : رجل بـرجل » .

(٤) فى ب و ح فى هذا الموضع : « وروى عن محمد أنه قال : فى قريش لا يكون (فى
ب : « لا يكونون ») كفئاً لمن كان مشهوراً فى الحرمة (فى ب زادها : من قريش) مثل البيت
الذى فيه الخلافة » راجع فيما سبق الهامش ٦ ص ٢٢٨ .

(٥) فى ح : « فليس » .

(٦) « كثرة » ليست فى ب .

وبعض مشايخنا قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان : فأبو حنيفة
بنى الأمر على عادة العرب : أن مواليتهم يعملون هذه الأعمال ، لحاجتهم ،
وحاجة مواليتهم ، ولا يقصدون بها الحرفة ، ولا يميرون^(١) بها . وأبو
يوسف أجاب على عادة أهل^(٢) المعجم : أنهم اتخذوا هذه الصناعات
حرفة ، ويميرون^(٣) بالدنى^(٤) من ذلك - فلم يكن بينهم خلاف في
الحقيقة : ففى كل^(٥) بلد عاداتهم التمييز والتفاخر في الحرف ، يعتبر
فيه الكفاءة . والله أعلم

(١) في - : « ولا يميرون » .

(٢) « أهل » ليست في ب .

(٣) في - : « ويميرون » . وفى ب : « يميرون » .

(٤) في - كذا : « بالدور » ولعلها : « بالدون » .

(٥) « كل » ليست في - .

باب

النفقات

الكلام في النفقة من وجوه :

في بيان أنواعها ، ويتضمن ذلك بيان^(١) الأسباب .

وفي بيان المقدار .

وفي بيان أن النفقة معتبرة^(٢) بحال المرأة أو بحال الرجل ، ونحو ذلك .

أما الأول^(٣) - فنقول: النفقة الواجبة أنواع ثلاثة: نفقة الزوجات .

ونفقة المحارم من الرحم ، ونفقة الرقيق .

أما نفقة الزوجات

<تجب بسبب استحقاق الحبس للزوج عليها، بسبب النكاح - عندنا.

وعند الشافعي: تجب بسبب الزوجية ، حتى إن عنده تجب النفقة

للصغيرة^(٤) والكبيرة والمريضة وغيرها^(٥) ، وإنما تسقط بسبب النشوز

من جهتها .

وأما عندنا فأقسام :

(١) في ح: «أنواعها وفي بيان» .

(٢) في ح: «أن التقدير معتبر» .

(٣) يلاحظ أنه قد تكلم على الثاني والثالث أثناء الكلام على الأول . فالتقسيم الأساسي

عنده هو : نوع النفقة .

(٤) في ح: «للمعتدة الصغيرة» .

(٥) في ب: «وغيرهما» .

إن كانت امرأة حرة، بالغة، لم تمتنع عن المقام مع الزوج، وعن الدخول في بيته، بعد استيفاء المهر كله^(١)، إذا لم يكن مؤجلاً^(٢)، أو كان المهر مؤجلاً^(٣)؛ فإنه يجب عليه نفقتها، إذا طالبت بها، سواء انتقلت إلى بيت الزوج أم لا، لأن النفقة حق المرأة، عليه، والانتقال إلى بيت الزوج حقه، عليها^(٤)، بعد إيفاء المهر، فإن لم يطالبها الزوج بالانتقال، فقد ترك حقه، فلا يسقط حقها.

وأما إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيته : فإن كان بحق، لا تسقط النفقة، بأن امتنعت لتستوفي المهر^(٥).

فأما إذا كان الامتناع بغير حق، بأن أوفاه الزوج المهر، أو كان مؤجلاً : فإنه تسقط النفقة، لأنه وجد النشوز^(٦) منها، وإنه يسقط النفقة.

فأما إذا كانت المرأة صغيرة : <ف> إن كانت تجامع^(٧) مثلاً، فكذلك الجواب. وأما إذا لم تجامع مثلاً، فسلمت إلى بيت الزوج :

(١) « كاه » من ب وفي ح : « بكاه » .

(٢) « إذا لم يكن مؤجلاً » ليست في ب و ح .

(٣) « أو كان المهر مؤجلاً » من ب و ح .

(٤) زاد في ب هنا : « لعدم مطالبة الزوج إياها بالانتقال إلى بيته » وهو مفهوم .

(٥) « عليها » من ب .

(٦) محمد، الجامع الكبير، ص ١٩٣ : « امرأة لم يدخل بها الزوج، منعت نفسها حتى قبض

الصداق - فلها النفقة » .

(٧) تَصَرَّتْ المرأة من زوجها نشوزاً : عصت زوجها وامتنعت عليه . ونشز الرجل من امرأته

نشوزاً : تركها وجفاها (المصباح) .

(٨) في ب : « كان يجامع » .

فإنه لا نفقة لها ، لأنه لا يمكن الاستمتاع بها^(١) . وكذلك المريضة التي لا يمكن وطئها . وله أن يردها إلى بيت أهلها^(٢) إن شاء .

وإن كانت الصغيرة مما ينتفع بها ، بالخدمة أو يستأنس بها ، وكذلك المريضة إذا كانت ممن يستأنس بها الزوج - فأمسكها في بيته : فلها النفقة ، لأنه رضى بالحبس القاصر .

وأما إذا كانت محبوسة بالدين قبل النقلة^(٣) : فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها : فلها النفقة ، وإلا فلا - لأن هذا حبس^(٤) بحق^(٥) . وهذا إذا كانت لا تقدر على أداء الدين - فأما إذا كانت تقدر ، ولا تؤدي : تسقط لتقصير منها .

فأما إذا طالبت النفقة ، وليست بمريضة ، ولا محبوسة ، وهي بالغة ، ففرض لها النفقة ، ثم موضت أو حبست : لم تبطل نفقتها ، لأن النفقة قد وجبت بتسليم النفس ، من غير مانع عن الوطاء . فاعتراض المانع لا يسقط النفقة ، كالحيض .

وذكر محمد في الأصل وقال في الارتفاع^(٦) والمريضة ، إذا طلبنا

(١) قال محمد في الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « صبية تحت رجل ، ليس عليه النفقة حتى تطيق الجماع » .

(٢) في ب و ح : « بيت الأب » .

(٣) « النفقة » من ب و ح والكاساني (٧ : ٢٠ : ٤) وستأني بعد قليل . وفي الأصل ما يشبه « البعل » .

(٤) « حبس » ليست في ح .

(٥) أصل هذا ما قال محمد في الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « ... لم يكن لها نفقة .. وكذلك امرأة حبست في دين عايبها » والكاساني ، ٤ : ٢٠ : ٤ .

(٦) راجع في الارتفاع الهامش ص ٢٠٧

النفقة قبل النقلة : فرض لهما القاضى ، ولم يحك خلافاً ^(١) .

وما ذكرنا فى المريضة من التفصيل ، قبل الانتقال أو بعده ، قول
أبى يوسف .

وأما الزوجة إذا كانت أمة - فإن بوأها ^(٢) المولى بيت الزوج ^(٣) :
تجب النفقة ، وإلا فلا - والتبوة أن يخلى بينها وبين زوجها فى منزل
الزوج ، ولا يستخدمها .

فإن فعل ذلك : تجب على الزوج النفقة ، لا أن الحبس المستحق بالنكاح ،
قد وجد .

فإذا لم توجد التبوة ، لم ^(٤) يوجد الحبس المستحق بالنكاح ^(٥) .
فإن بوأها المولى ، ثم بدا له أن يستخدمها ، فله ذلك ، لأن منافع
سائر الأعضاء بقيت على ملكه ، وإن استحق عليه منافع بضمها ^(٦) بالنكاح ،
إلا أنه أعارها منه بالتبوة ، فله أن يستردها ^(٧) ، وتسقط النفقة ، فإن
بوأها ثانياً ، عادت النفقة ، كالجرة إذا نشزت ، ثم عادت .

وكل من وجبت لها النفقة ، وجبت لها السكنى ، وإلا فلا ، لقوله

(١) قال محمد فى الجامع الكبير (ص ١٩٣) : « امرأة دخل بها زوجها ، فرضت مرضا
يمنع من الجماع : فلها النفقة - وكذلك الرقاة » .

(٢) أى أسكنها (المصباح) .

(٣) « بيت الزوج » من ب . وفى الأصل و : « بيتا » .

(٤) فى الأصل وب و : « فلم » .

(٥) « بالنكاح » من ح .

(٦) فى ح : « بعضها » .

(٧) « ها » من ح .

تعالى : « أسكنوهن (الآية) » (١) .

وأما مقدار النفقة :

فيعتبر فيه حال الرجال من اليسار والاعسار (٢) ، دون حال المرأة .
وذكر الخصاص أنه (٣) يعتبر بحالهما (٤) ، جميعاً (٥) .

والصحيح ما ذكرنا ، لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن
قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » (٦) .

ثم الزوج إن كان موسراً : لا تفرض عليه نفقة أكثر من خادم
واحد عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : إن كان لها خادمان يفرض لها .
وأما إذا كان الزوج معسراً : < فقد > روى الحسن عن أبي
حنيفة أنه لا يفرض عليه نفقة الخادم ، وإن كان لها خادم .
وقال محمد : إن كان لها خادم : فرض عليه نفقته . وإن لم يكن لها خادم :
لا يفرض (٧) .

(١) الطلاق : ٦ : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضييقا
عليهن ، ولأن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضن حملهن ، فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ،
وأتمروا بينكم بمروءة ، وإن تمارستم فسترضع له أخرى » .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « والعسار » . وفي المغرب : « الاعسار » . مصدر
أعسر إذا افتقر . والعسار في معناه خطأ » .

(٣) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « أنها » .

(٤) في ح : « حالهما » .

(٥) « جميعاً » من ب و ح .

(٦) الطلاق : ٧ : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ،

لا يكاف الله تقساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد عسر يسراً » .

(٧) « وإن لم ... لا يفرض » من ب و ح .

وإن اختلف الزوجان في اليسار والأيمن^(١)؛ فالقول قول الزوج ، لأنه يدعى الفقر ، وهو أصل . وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة المرأة: على أنه موسر . لأنها تثبت أمراً زائداً عارضاً ، فكانت أولى .

ثم النفقة غير مقدرة بالدرهم والدنانير ، عندنا ، لأن السعر قد يغالو وقد يرخص ، ولكنها مقدرة بكفايتها : إن كان الرجل موسراً يوسع في النفقة والكسوة . وإن كان معسراً ينفق عليها أدنى الكفاية ، من الطعام والإدام والدهن ، على حسب العرف والعادة - في الموسر والمعسر . فإذا طلبت الفرض من القاضى ، فإنه يقوم عليه^(٢) مقدار الكفاية ، بالدرهم أو^(٣) الدنانير ، ويفرض عليه ذلك .

ثم نفقة الزوجات لا تصير ديناً لإلحاق القضاء ، أو تبرأضي الزوجين . فإذا لم يوجد أحد هذين^(٤) ، فإنه تسقط بمضى الزمان ، لأنها وجبت صلة ، جزاء الجلس ، لا عوضاً عن الوطء - وهذا عندنا .

وعند الشافعى : لا تسقط ، كسائر الديون ، لأنها وجبت عوضاً ، كال مهر سواء ، إلا أنها تسقط بعد الفرض ، بالموت ، وإن لم تسقط بمضى الزمان . لأنها صلة لم تتأكد بالقبض ، فتسقط بالموت ، كسائر الصلات .

(١) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « اليسار » . راجع الهامش ٢ ص ٢٣٥

(٢) في ب و ح : « عليها » .

(٣) كذلك في ب . وفي الأصل و ح : « و » .

(٤) زاد في ث هـ : « الوجهين » .

وإنما يفرض القاضى النفقة إذا كان الزوج حاضراً، والمرأة تطالب الفرض،
فأما إذا كان غائباً ، وطالبت فرض النفقة من القاضى ، وسماع
البينة منها على الزوجية، وعلى ^(١) قيام المال فى يد إنسان أمانة ، من الودعة
أو المضاربة أو نحو ذلك ^(٢) . أو ثبوت الدين له على إنسان ، ولا علم للقاضى
بالزوجية ، ولا بالمال ، فإن القاضى لا يجيبها ^(٣) إلى ذلك ، ولا ^(٤) يحكم
عليه . وهذا قول أبى حنيفة الآخر ، وهو قول شريح ^(٥) ؛ وقد كان
قوله الأول أن القاضى يقضى لها ، وهو قول إبراهيم . والصحيح قول
شريح ، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون له ^(٦) خصم حاضر ،
وإنه لا يجوز ، عندنا .

فأما إذا كان القاضى عالماً بالزوجية ، ويكون ماله فى يد إنسان أمانة ،
أو ثبوت دينه على إنسان ، لمعينة ^(٧) وجود السبب ، أو الإقرار فى

(١) « على » من ب .

(٢) فى ب و ح : « بأمانة أو ودعة أو مضاربة ونحو ذلك » .

(٣) هكذا فى ب و ح . وفى الأصل : « لا يجيب لها » .

(٤) هكذا فى ب . وفى الأصل و ح : « ولم »

(٥) « قول شريح » لىث فى ح . وشريح هو شريح القاضى : أدرك النبي صلى الله عليه وسلم ولم يلقه ، وقيل لقيه ، والشهور الأول ؛ وقيل : كان فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه . وقال الأكثرون : استقضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الكوفة ، وأقره من جاء بعده فبقى على قضائها ستين سنة ، وقضى بالبصرة سنة . وروى ميسرة عن شريح قال : ولت القضاء لعمر وعنه وعلي ومعاوية ويزيد بن معاوية وعباد الملك إلى أيام الحجاج ، فاستغفرت الحجاج وكان له يوم استغفائه مائة وعشرون سنة . وعاش بعد استغفائه سنة . وقال على بن أبى طالب لشريح : « أنت أفقى العرب » . وقيل : توفى سنة ٧٧ ، وقيل سنة ٧٨ ، وقيل سنة ٧٩ ، وقيل سنة ٨٠ . (النووى . التهذيب) .

(٦) فى ح و ب : « عنه » .

(٧) فى ب : « بمعينته » . وفى ح : « بمعينة » .

النكاح ، أو ^(١) أقر صاحب اليد ^(٢) بكون المال للزوج ، أو أقر من عليه الدين ، و ^(٣) أقر بالزوجية ، فإن القاضى يأمر من عليه الدين ، والمودع ، بدفع النفقة إليها ؛ ويفرض النفقة لها ، لأنه لا يحتاج إلى القضاء ، لأن هذا واجب شرعا ، على ما قال عليه السلام لهند امرأة أبى سفيان : « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك ، وولدك » ^(٤) ، بالمعروف ، فكان هذا من باب النظر للغائب ، بإحياء زوجته ، وللقاضى ولاية النظر فى مال الغائب ، ولهذا يبيع القاضى ما يتسارع إليه الفساد من مال الغائب ، نظرا له ، لأن هذا من باب الحكم .

وإذا طلبت المرأة من القاضى أن يأذن لها بالاستدانة على الزوج : ففى ^(٥) الفصل الأول : لا يأذن بالاستدانة ^(٦) عليه ، لأنه لم يفرض النفقة ، لكونه قضاء على الغائب - فكذا هذا ^(٧) .

فأما إذا علم القاضى بالزوجية ، أو كان قد فرض النفقة فى حال حضور الزوج ، ثم طلبت المرأة ، بعد الغيبة ، الاستدانة عليه - فإنه يأذن لها بالاستدانة عليه ^(٨) .
وفائدة الإذن بالاستدانة ليس هو رجوعها على الزوج ^(٩) بالنفقة ^(١٠) ،

(١) فى ح : « و » .

(٢) فى ب : « صاحب الدين » .

(٣) فى ح : « أو » .

(٤) فى ب و ح : « ويكفى ولدك » .

(٥) الفاء من ب .

(٦) فى ب و ح : « فى الاستدانة » .

(٧) « فكذا هذا » من ح .

(٨) « عليه » ليست فى ح .

(٩) فى ح كذا : « وفائدة الإذن بالاستدانة هذا يقضى بالاستدانة على الزوج للنفقة » .

(١٠) « بالنفقة » من ب . وفى ح : « للنفقة » - راجع الهامش السابق .

لأن النفقة إذا كانت مفروضة كان لها أن ترجع بغير الإذن بالاستدانة عليه - ولكن فائدته أن بعد الإذن بالاستدانة ، لصاحب الدين أن يأخذ من الزوج ، كما له أن يأخذ ^(١) من المستدينة ، لأنه لا يجب على الإنسان أداء مال إلا بالتزامه أو بإِِزام ^(٢) من له ولاية الإِِزام ^(٣) عليه . فأما إذا استندانت عليه ^(٤) ، من غير إذن ^(٥) القاضى : > فـ < إن كان قبل فرض القاضى ، تكون متطوعة فى الإِِتفاق ^(٦) ، وتسقط بمضى الوقت ، إذا لم يفرض القاضى ، ولم يرضيا عليه ، وإن كان بعد فرض القاضى ، فإن له أن يرجع عليها ، لا على الزوج ، لما ذكرنا : أنه لم يلتزم ، ولم يلزم عليه ^(٧) القاضى بالإِِذن بالاستدانة .

وإذا طلبت المرأة من القاضى ، فرض النفقة على زوجها الممسر : فإن القاضى يقضى ^(٨) ، لأن نفقة الزوجة ^(٩) تجب على الفقير ، ويؤخر إلى وقت اليسار ^(١٠) ، لأنه لو لم يفرض تسقط بمضى الوقت .

(١) فى ح : « كما يأخذ » .

(٢) فى ب : « أو بالتزام » . وفى ح : « المال إلا بإِِذن » .

(٣) فى ب : « الإِِتزام » .

(٤) فى ح : « وأما الاستدانة عليه » .

(٥) « إذن » ليست فى ح .

(٦) فى ح : « بالاتفاق » .

(٧) فى ح : « أنه لم يلزمه عليه » .

(٨) فى ب و ح : « يفرض » .

(٩) فى ح : « الزوج » .

(١٠) فى ب : « اليسار » .

ولو طابت من القاضى أن يستدين عليه - فإنه يفرض ^(١) النفقة ،
ويأذن لها ^(٢) بالاستدانة . للفائدة التى ذكرنا .

ولو طلبت الفرقة ، لعجز الزوج عن الاتفاق عليها ^(٣) : فإن القاضى
لا يفرق بينهما ، وليس ^(٤) لها حق الفسخ - وهذا عندنا .

وعند الشافعى يكون لها حق الفسخ إن شاءت - وهذه ^(٥) مسألة معروفة .

ولو قبضت المرأة نفقة لسنة : بفرض القاضى ، أو بالتراضى ، ثم مات
الزوج قبل مضى السنة ، لم يكن لورثته الرجوع عليها بشىء . عند أبى
حنيفة وأبى يوسف . وكذلك إذا ماتت المرأة - لم يرجع الزوج فى
تركها بشىء ^(٦) .

وقال محمد : أرفع ^(٧) لها من النفقة حصة ما مضى ، وأقضى عليها برد الباقي .
وكذلك الكسوة : يسقط عنها حصة ^(٨) ما مضى من المدة ويرد الباقي .
والصحيح قولهما . لأن النفقة صلة ، وقد تأكدت بالتبض ، فلا
يثبت فيها ^(٩) الرجوع بعد الموت ، كما فى الهبة .

(١) « نطق بمضى الوقت ولو طالت من القاضى ... يفرض » ليست فى ح .

(٢) « لها » ليست فى ح .

(٣) « عليها » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « فليس » .

(٥) فى ب و ح : « وحى » .

(٦) « بشىء » من ب .

(٧) فى ب و ح : « أدفع » .

(٨) « حصة » من ب و ح .

(٩) فى ب : « وقد تأكد بالتبض فلا يثبت فيه » .

و^(١) أما نفقة زوى الأرحام - فنقول :

الأرحام ثلاثة أقسام : رحم الولادة ، ورحم محرم النكاح .
ورحم غير محرم .

ولا خلاف أنه لا تجب النفقة لرحم^(٢) غير محرم ، كقربة بنى الأعمام ونحوهم .

ولا خلاف أنها تجب بقربة^(٣) الولاد < > .

واختلفوا في رحم محرم ، كالأخوة والعمومة والخوالة : فعندنا تجب .
وعند الشافعي^(٤) : لا تجب .

وحاصل الخلاف أن هذه القربة هل هي واجبة الوصل^(٥) أم لا ؟
فعندنا كذلك ، وعنده بخلافه .

وينبني على هذا^(٦) : هذه المسألة . وكذلك إذا ملك أخاه أو عمه
أو أخاله : لا يعتق عليه ، عنده - وعندنا : يعتق^(٧) .

وكذلك الخلاف في قطع السرقة الموجودة من هؤلاء .

وهي مسألة معروفة ، تذكر في العتاق ، إن شاء الله تعالى .

ثم الكلام في تفصيل هذه الجملة ، فنقول :

الوجمل الموسر إذا كان له أبوان وأولاد صغار ، وأولاد كبار غير

(١) « و » من ب و ح .

(٢) في ح : « برحم » .

(٣) في ب : « اقربة » .

(٤) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « وعنده » .

(٥) في ب و ح : « الصلة » .

(٦) « هذا » ليست في ب و ح .

(٧) زاد في ح هنا : « عليه » .

الأُصْحَاء ، كَالزَّمَنِيِّ وَالْعَمِيَانِ ، وَالْأَيَّاتِ ^(١) - وَهُمْ فَقَرَاء : فَإِنَّهُ
يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ ، صَلَةً لِرَحْمِ .

فَأَمَّا الْأَوْلَادُ الْكِبَارُ ، الْأُصْحَاء : فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ .

وَجَعَلَ الْقُدْرَةَ عَلَى الْكَسْبِ بِمَنْزِلَةِ الْغَنَى فِي حَقِّ هَؤُلَاءِ ، إِلَّا ^(٢) فِي
حَقِّ الْأَبْوَانِ ، فَإِنَّ الزَّامَ ^(٣) الْوَالِدِ ^(٤) التَّكْسِبَ ، مَعَ غَنَى الْوَلَدِ ،
سَبَبٌ لِلتَّأْذِي ، مِنَ الْوَلَدِ ، وَاللَّهُ تَعَالَى حَرَّمَ التَّأْفِيفَ ، لِمَا فِيهِ مِنْ نَوْعِ أَذَى ،
وَهَذَا فَوْقَ ذَلِكَ .

وَأَمَّا الْأَوْلَادُ الصَّغَارُ : < ف > إِذَا كَانَ لَهُمْ مَالٌ فَنَفَقَتُهُمْ مِنْ ^(٥)
مَالِهِمْ ، لَا عَلَى الْآبِ .

وَإِنْ ^(٦) كَانَ الْمَالُ حَاضِرًا فِي يَدِ الْآبِ : يَنْفَقُ مِنْهُ ، إِنْ شَاءَ ، وَلَكِنْ
يَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ رَجُلَيْنِ ، عَدْلَيْنِ ، حَتَّى يَصْدُقَهُ الْقَاضِي إِذَا
أَنْكَرَ الْوَلَدُ ^(٧) ، بَعْدَ الْكِبَرِ ، إِنْفَاقَهُ عَلَيْهِمْ ، لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ وَالْغَالِبِ ^(٨) ،
لَأَنَّ الْمَوْسِرَ يَنْفَقُ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَالٌ .

(١) فِي ب وَ ح : « أَبْوَانُ ، وَأَوْلَادُ صَغَارُ ، وَكِبَارُ زَمَنِيٍّ أَوْ < عَمَى > أَوْ مَجَانِينُ أَوْ لَمَاتٌ » .
وَفِي ب : « عَمَا » . وَفِي ح : « أَعْمَى » .

(٢) « لَا » لَيْسَتْ فِي ح .

(٣) فِي ح : « وَلَنْ التَّزَامَ » .

(٤) هَكَذَا فِي ب وَ ح . وَفِي الْأَصْلِ : « الْوَلَدُ » .

(٥) فِي ب وَ ح : « فِي » .

(٦) فِي ب وَ ح : « فَإِنْ » .

(٧) « الْوَلَدُ » لَيْسَتْ فِي ح .

(٨) فِي ب وَ ح : « الظَّاهِرُ إِذْ فِي التَّالِبِ أَنَّ الْآبَ الْمَوْسِرَ يَنْفَقُ عَلَى وَلَدِهِ » .

وكذلك إن كان المال غائباً : ينفق من مال نفسه ، ويشهد على ذلك ، ليتمكن الرجوع^(١).

فأما فيما بينهم^(٢) وبين الله فلا حاجة إلى الإيثار ، ولكن لا بد أن ينوى عند الاتفاق أنه يكون قرضاً عليه ، إذ^(٣) له ولاية الإقراض للصبي^(٤) ، فيشترط اليقظة ، فيحل له الرجوع^(٥) .

وإن كان الرجل فقيراً ، صحيحاً ، مكتسباً : فإنه يجب عليه نفقة الوالدين ، والأولاد الصغار . والأولاد ، والكبار الزمّتى . ويشاركونه في نفقته التي اكتسبها لنفسه ، وإن لم يكن في ذلك كفاية لهم ، لأنه لا يشارك الرجل أحد في نفقة والديه ، وكذلك في نفقة الولد المحتاج ، لقيام البعضية بينهم.

أما إذا كان الأب فقيراً^(٦) ، زمناً : فإنه يجب نفقة هؤلاء^(٧) على من كان موسراً من ذوى الرحم المحرم - فإنه روى عن أبي يوسف أنه قال : إذا كان للفقير الصحيح^(٨) أولاد صغار ، ولهم^(٩) جد موسر :

(١) « وكذلك ... الرجوع » من ب .

(٢) فى ح : « بينهم » .

(٣) « إذ » من ب و ح . وفى الأصل : « و » .

(٤) فى ح : « على الصبي » .

(٥) « فيشترط ... الرجوع » من ب .

(٦) فى ب : « الفقير » .

(٧) « نفقة هؤلاء » من ب .

(٨) « الصحيح » من ب .

(٩) كذا فى ب و ح . وفى الأصل : « وله » .

لم^(١) أفرض النفقة على الجدة . وإن كان الأب زَمِيناً : أفرض النفقة على الجدة ، لأن الأب الفقير الزمن لا يكون من أهل وجوب النفقة عليه ، فجعل كأن لم يكن .

وقالوا في حق هؤلاء : إذا كان الرجل الموسر غائباً ، وماله حاضر^(٢) في يد إنسان أمانة ، فأقر بالقرابة والمال ، أو كان القاضي له علم بذلك - فإنه يفرض القاضي نفقة هؤلاء في^(٣) مال الغائب . إذا كان ماله دراهم أو دنانير^(٤) ، أو طعاماً - فأما إذا كان عروضا : فإن القاضي لا يبيع عروضه . للنفقة على هؤلاء ، كما لا يبيع العقار ، ولكن الأبوان يبيعان عروضه ويصرفان^(٥) إلى نفقتهما بقدر المعروف ، ولا يتعرض لهما^(٦) القاضي ، ويجوز ذلك البيع - وهذا قول أبي حنيفة ، وهو استحسن . والقياس أن لا يجوز بيع الأبوين عروض ولدهما ، كما لا يجوز بيع العقار .

وما عرفت من الجواب في حق الوالدين ، فهو الجواب في حق الجدة والجدة ، عند عدم الوالدين - فأما في حال قيامهما فتحكمهما كحكم^(٧) سائر ذوى الأرحام .

(١) «لم» ليست في الصحيح ، انظر المتن : راجع الكاساني ٤ : ٣٥ - الطر الأسفل ص ٣٦ .

(٢) في ب : «حاضرا» .

(٣) في ب و ح : «من» .

(٤) في ح : «إذا كان لهم دراهم ودنانير» .

(٥) في ح كذا : «وبصرفاه» . وفي ب : «وبصرفاه» .

(٦) في ح : «فيها» .

(٧) في ب و ح : «حكم» .

سم من ^(١) سوى هؤلاء الذين ذكرناهم من ذوى الأرحام المحرم ^(٢)،
فإنه تجب النفقة على الموسرين . للمعسرين ، على قدر الموارث . ولا
يجب على الفقراء قليل ولا كثير ، ولا يشاركونهم فى نفقاتهم ، لأنها
وجبت بطريق الصلة ، والصلات تجب على الأغنياء ، دون الفقراء ،
للتعارض ^(٣) .

ثم الكلام فى كيفية وجوب نفقة المحارم - فنقول :

الأصل أنه ^(٤) إذا ^(٥) اجتمع الأقرب والأبعد . فى الوالدين والمولودين ،
وفى غيرهما من ذوى ^(٦) الرحم المحرم : فإنه تجب ^(٧) النفقة على الأقرب
دون الأبعد .

وإذا استويا فى القرب : فإنه يجب على من له نوع درجة أعلى فى الوالدين ،
والمولودين ^(٨) .

وفى غير الوالدين والمولودين من ذوى الرحم : إذا وجد الاستواء

(١) هكذا فى ب . وفى الأصل : « ما » . وفى ح : « الأرحام من ما » .

(٢) المحرم « من ب و ح » .

(٣) فى ح : « لتعارض » .

(٤) « ثم الكلام ... الأصل أنه » من ب .

(٥) فى الأصل و ح : « وإذا » . راجع المامش السابق .

(٦) ذوى « ليست فى ح » .

(٧) فى ب : « لا تجب » .

(٨) « فى الوالدين والمولودين » من ب .

فى القرابة: رجح بكونه وارثاً - حتى إن^(١) كل من ورت : يجب عليه دون^(٢) من حجب .

فإذا استويا فى الميراث: يجب عليهما ، بقدر الميراث ، لوجود الاستواء فى سبب الاستحقاق ، وسبب الترجيح - فتكون النفقة بينهما على قدر الموارث : إذا ثبت هذا الأصل يخرج عليه المسائل ، فنقول^(٣) :
إن الفقير إذا كان له والد وابن ابن موسر^(٤) : تجب النفقة على الوالد ، لأنه أقرب .

- وإن كان له والد وابن موسر^(٥) : تجب على الابن ، لأنها استويا فى القرب ، ويرجح الابن ، لأنه كسبه ، فيكون له حق فى كسبه .
- ولو كان له جد وابن ابن موسر^(٦) : تجب عليهما^(٧) النفقة ، على قدر الميراث : على الجد السدس ، والباقي على ابن الابن .

(١) « من ذوى الرحم إذا وجد الاستواء... حتى إن » من ب. وفى الك - ٤ : ٣٢٠ :
« فإن استويا فى القرب فى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر ، وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث ، وإن كان كل واحد منهما وارثاً . وإن لم يوجد الترجيح ، فالنفقة عليهما على قدر ميراثها . وأما فى غيرها من الرحم المحرم ، فإن كان الوارت أحدهما والآخر محجوباً ، فالنفقة على الوارت ، ويرجح بكونه وارثاً ، وإن كان كل واحد منهما وارثاً ، فالنفقة عليهما على قدر الميراث » .

(٢) « دون » ليست فى ح .

(٣) « لوجود الاستواء فى سبب... فنقول » من ب. وفى الأصل و ح مكان هذه العبارة كلها : « ولهذا قالوا » وقد حذفناها من المتن .

(٤) فى ب : « موسرين » .

(٥) فى ح : « موسرين » .

(٦) « موسر » ليست فى ب و ح .

(٧) « عليهما » من ب و ح .

- وكذلك إذا كان له أم وعم ، أو أم وأخ ، لأب وأم^(١) ، أو لأب :
فعلى الأم الثالث ، وعلى العم أو الأخ^(٢) الثالثان على قدر الميراث .
- ولو كان له عم وخال : فالنفقة على العم ، لأنهما تساويا فى القرابة^(٣) ،
والعم هو الوارث . فيجب عليه .

- ولو كان له^(٤) خال وابن عم : فالنفقة على الخال ، دون ابن العم ،
لأنهما لم يستويا فى الرحم المحرم . بل الخال هو ذو الرحم المحرم ، فيجب
عليه ، واستحقاق الميراث^(٥) لاترجيح ، وذلك عند الاستواء فى سبب
الاستحقاق^(٦) .

- ولو كان له^(٧) عمه وخالة وابن عم : فعلى الحالة الثالث ، وعلى العمه
الثالثان ، ولا شئ على ابن العم ، لأنه لم يوجد فى حق ابن العم سبب
الاستحقاق ، والعمه والحالة استويا فى سبب الاستحقاق ، وفى استحقاق
الميراث ، فيكون بينهما على قدر الميراث .

- ولو كان له^(٨) عم وعمه وخالة ، فالنفقة على العم لا غير ، لأنه
ساواهما فى الرحم والتحريم ، وهو الوارث ، دونهما ، فتكون النفقة عليه .

(١) فى ب ذكر مرتين عبارة : « وأخ لأب وأم » .

(٢) فى ب : « وعلى الأخ والعم » .

(٣) فى ب : « ... فى القرابة المحرمة للتكاح ، بسبب كونه وارثا » .

(٤) « له » من ب .

(٥) فى ح : « النفقة » .

(٦) أى فى سبب استحقاق النفقة عليه .

(٧) « له » من ب وح .

(٨) « له » من ب .

وعلى هذا الأصل مسائل (١) .

. . .

ثم النفقة لا تجب مع اختلاف الدين إلا للوالدين ، والمولودين ،
والزوجة ، والجد (٢) والجدّة ، في حال عدم الأبوين . ومن سوى هؤلاء
تجب نفقته عند اتفاق الدين لا غير - لأن نفقة الولاد تجب باعتبار
البعضية (٣) وصيانة نفسه عن الهلاك واجب - فكذلك صيانة (٤) بعضه -
فأما نفقة ذى الرحم المحرم : < ف > تجب باعتبار الصلة ، وإنها تجب
عند اتفاق الدين .

فشرط وجوب (٥) نفقة المحارم : اليسار ، واتفاق الدين - بخلاف نفقة
الزوجات ، والوالدين ، والمولودين .

. . .

ثم ما حد اليسار الذى يتعلق (٦) به وجوب النفقة ؟
ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف أنه اعتبر نصاب الزكاة .
وروى هشام عن محمد أنه إذا كان له فضل عن (٧) نفقة شهره ، اه (٨)

(١) انظر الكسافى ، ٣٢٤ - ٣٤ .

(٢) « والجد » ليست فى ب .

(٣) فى ح : « البعضية والجزئية » .

(٤) « صيانة » من ب .

(٥) « وجوب » من ب و ح .

(٦) هكذا فى ب . وفى ح : « الذى يتعلق » . وفى الأصل : « الذى يتعلق » .

(٧) فى ب و ح : « على » .

(٨) « له » من ب و ح .

ولعياله : فإنه يجب عليه نفقة ذى الرحم المحرم ، وإلا فلا .
وروى عن محمد أنه من لا شيء له ^(١) من المال ، وهو يكتسب
كل يوم درهما ، ويكفى له أربعة دوايق ^(٢) ، فإنه يرفع ^(٣) نفسه وعياله
ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته ^(٤) .
وقول محمد أدوفق ^(٥) .

وأما نفقة الرقيق

فسبب وجوبها الملك ^(٦) .

ولهذا : لا يجب على العبد نفقة ولده الحر ، لأنه من كسبه مال مولاه .
وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده الرقيق ، لأنه ملك غيره ، فتكون نفقته عليه .
وقالوا في الجارية المشتركة إذا جاءت بولد ، وادعاه المولى : فنفقة
هذا الولد عليهما . وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما ، لأنه أب
كامل في حقه .

. . .

وقالوا في المفقود : إن القاضى يفرض فى ماله لا بويه ، ولا امرأته ،

(١) فى ب و ح : « أن من لا شيء فى يده » .

(٢) فى ب : « دوايق » .

(٣) فى ب و ح : « يدفع » .

(٤) فى ب : « على من تجب عاياه نفقته حالة اليسار » .

(٥) فى ب و ح : « أرفق » .

(٦) « وأما نفقة ... الملك » من ب .

والصغار من ولده ، والبنات ^(١) ، والذكور الزمّنى ^(٢) - فينصب عنه ^(٣) خصماً ، ويقضى عليه بنفقة هؤلاء .

وقالوا : يقضى فى مال المفقود للجد ، وولد الولد ، فى حال عدم الأب والولد . فأما ^(٤) فى حال قيامهما : < ف > لا يقضى ^(٥) ، لأنهم حيثنذ فى حكم ذوى الأرحام ، ولا يقضى بنفقة ^(٦) ذوى الأرحام فى مال المفقود - والله تعالى أعلم .

(١) فى ب و ح : « والإناث » .

(٢) فى ب و ح : « والزمّنى » .

(٣) فى ب : « عليه » .

(٤) « فأما » ليست فى ح .

(٥) « لا يقضى » من ب و ح .

(٦) فى ب : « نفقة » .

كتاب^(١)

الطلاق

يحتاج^(٢) إلى : بيان أنواع الطلاق ، وإلى بيان أحكامها - فنقول :

الطهر في الأصل نوعان : طهر سنة ، وطهر بدعي .

والسنة نوعان : نوع يرجع إلى العدد ، ونوع يرجع إلى الوقت .

وكذلك طلاق البدعة نوعان أيضا : يرجع إلى العدد ، والوقت .

ثم السنة في العدد والوقت نوعان عندنا : حسن ، وأحسن :

فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته ، واحدة ، رجعية ، في طهر^(٣) ،

لم يجامعها فيه ، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ، أو كانت حاملا قد استبان حملها .

وأما الحسن ، فإن يطلقها ، واحدة ، في طهر ، لم يواقعها^(٤) فيه ، ثم

يطلق في الطهر الآخر ، واحدة^(٥) ، ثم في الطهر الثالث ، واحدة - فتبين^(٦) .

(١) « كتاب » من ب و ح ، والكاساني (٣ : ٨٨) . وكانت كذلك في الأصل ، ولكن - كما

يبدو - بدأت إلى « باب » .

(٢) في الأصل و ب : « قال : يحتاج » .

(٣) في ب : « في طهر واحد » .

(٤) في ب : « لم يجامعها » .

(٥) في ب و ح : « في الطهر الثاني نائيا » .

(٦) في ح : « وفي الطهر الثالث نائيا فتبين منه » . وفي ب : « ثم في الطهر الثالث فتبين » .

وأما طلاق البدعة في الوقت: < ف > أن يطلقها في حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه .

وأما طلاق البدعة ^(١) في العدد: < ف > أن يطلقها، ثلاثاً، بكلمة واحدة ^(٢) . ثم السنة التي ترجع إلى العدد: تستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ^(٣) ، لأنه إيقاع الطلاق من غير حاجة .

فأما السنة في الوقت: < ف > يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها: فإن الطلاق في حالة الحيض يكره عليها إذا كان مدخولاً بها لا غير ^(٤) ، لأن فيه تطويل العدة. فأما في غير المدخولة: فلا يكره، لأنه لا يؤدي إلى تطويل العدة، فإنه لا عدة عليها ^(٥) .

وهذا الذي ذكرنا، من ^(٦) السنة والبدعة، قول أصحابنا .

وقال الشافعي: لا أعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة، وإنما السنة والبدعة في الوقت - على ما ذكرنا .

وأصل ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته في حالة الحيض، فسأل رسول الله صلى الله عليه عن ذلك، فقال: « أخطأت » .

(١) « أما طلاق البدعة » من ب و ح .

(٢) في ب: « ثلاثاً جملة واحدة في طهر واحد » . وفي ح: « ثلاثاً جملة في طهر واحد » . وفي ب و ح وردت عبارة: « وأما طلاق البدعة في العدد » بكلمة واحدة « قبل عبارة » وأما طلاق البدعة في الوقت ... جامعها فيه » .

(٣) « وغير المدخول بها » ليست في ب .

(٤) في ب: « يكره في المدخولة » . وفي ح: « يكره في المدخول < بها > » بدل: « يكره عليها إذا كان مدخولاً بها لا غير » .

(٥) « لأن فيه تطويل ... لأعدة عليها » من ب و ح .

(٦) هكذا في ب . وفي الإصل و ح: « في » .

السنة ، ما هكذا أمرك الله ، إن من السنة أن يستقبل الطهر فيطلقها^(١) ، لكل قرء تطليقة » .

هذا الذى ذكرنا فى حق ذوات الأقراء . فأما فى حق الآيسة والصغيرة -
< ف > طلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة^(٢) بشهر ، بالاجمع^(٣) .
وفى حق الممتدة^(٤) طهرها ، لا يطلق^(٥) للسنة ، إلا واحدة^(٦) .
وأما فى الحامل : < ف > قال أبو حنيفة وأبو يوسف^(٧) : يطلق ثلاثاً ،
للسنة^(٨) ، ويفصل بين كل طلاقها^(٩) بشهر .

وقال محمد وزفر : لا بطاق للسنة إلا واحدة ، وهى مسألة معروفة .
ثم فى حق الآيسة والصغيرة : إذا دخل بهما ، لا يكره الطلاق ،
وإن طلقهما فى طهر جامعهما^(١٠) فيه ، بل يباح له الطلاق فى أى وقت
شاء ، لأن احتمال الحمل^(١١) معدوم ، وفى ذوات الأقراء يكره لهذا^(١٢) .

(١) فى ب و ح : « أن تستقبل الطهر فيطلقها » .

(٢) هكذا فى ح ، وفى الأصل و ب : « كل طلاقها » .

(٣) ينتهى هنا فى النص الذى أشرنا إليه قبيل كتاب اليوم - انظر الجزء الأول ص ٦٥٨ .

هامش ه .

(٤) فى ب : « الممتدة » .

(٥) فى ا : « لا تطاق » .

(٦) و (٧) فى ح : « لا يطلق للسنة واحدة فى كل شهر إلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف » .

(٨) « السنة » ليست فى ح .

(٩) لعل الأفضل أن يقال : « تطليقة » .

(١٠) فى ا و ب و ح الكلام بصيغة المفرد : « ... بها ... طاقها ... جامعها » .

(١١) « الحمل » ليست فى ح .

(١٢) فى ب : « معدوم فى غير ذوات الأقراء فلا يكره لهذا »

وكذلك فى حق الحامل - لأن الكراهة^(١) للندامة بسبب الحمل^(٢)،
فمضى طلقها مع قيام الحمل ، علم أنه لم^(٣) يندم .

هذا الذى ذكرناه فى حق الحرة ، فأما فى حق الأمة المسلمة والكتانية -
<ف> لا يختلف الجواب فى حق السنة والبدعة ، إلا أن فى حق الأمة
طلاق السنة واحدة^(٤) ، لأن طلاق الأمة^(٥) ثنتان ، وعدتها حيضتان .

ولو طلق امرأته واحدة ، ثم راجعها ، فى ذلك الطهر ، فله أن يطلقها
ثانياً ، للسنة ، عند أبي حنيفة وزفر .

وقال أبو يوسف : لا يطلق^(٦) .

وعن محمد روايتان .

وأجمعوا أنه لو أبانها فى طهر لم يجامعها فيه ، ثم تزوجها - له أن يطلقها ،
ثانياً ، للسنة .

فأبو حنيفة ألحق المراجعة بالتزويج ، والمعنى الجامع بينهما أن بالمراجعة
بطل حكم الطلاق ، فجعل كأن لم يكن .

وعلى هذا قالوا : لو راجعها ، بالقبلة والممس^(٧) : له أن يطلقها ثانياً فى ذلك

(١) فى ب : « الكراهية » .

(٢) فى ا و ح : « الجبل » .

(٣) « لم » ساقطة من ا . وفى ب : « ماندم » .

(٤) التاء من ب و ح . وفى الاصل وا : « واحد » .

(٥) « الاثمة » ساقطة من ا .

(٦) فى ب وا : « لا تطلق » .

(٧) فى ا : « والمس » وفى ب : « أو المس » .

الطهر^(١) عند أبي حنيفة، فأما إذا راجعها بالوطء: <ف> لا يطلق^(٢) نائياً، لأن
الوطء دليل^(٣) المراجعة، فيصير كما لو راجع ثم جامعها: ليس له أن يطلقها.
فأما إذا جامعها^(٤)، فجلت: جاز له أن يطلق أخرى، في ذلك
الطهر^(٥)، في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر، وقال أبو يوسف: لا يطلقها -
والصحيح قولهم^(٦)، لأن الكراهة لمكان احتمال الجبل، فإذا علم بالجبل،
وطلق، فالظاهر أنه لا يندم، كما إذا ظهر الجبل فجامعها، ثم طلقها -
لا يكره، لما قلنا.

وإذا طلق امرأته في حالة الحيض، ثم راجعها، ثم أراد طلاقها للسنه:
ذكر في الأصل أنها إذا طهرت، ثم حاضت، ثم طهرت، طلقها إن شاء.
وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض^(٧)،

وذكر الكرخي وقال: ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر
في الأصل قولهما، وما قال أبو حنيفة هو القياس، لأن طهر لم يجامعها فيه،
وما ذكر في الأصل لحديث^(٨) ابن عمر أن النبي عليه السلام قال لعمر:
«مر ابنك فليراجعها، ثم يدعها^(٩)، حتى تطهر، ثم^(١٠) تحيض، فتطهر،

(١) «في ذلك الطهر» من ب.

(٢) في أ: لا تطلق «.

(٣) في أ و ب و ح: «دلالة».

(٤) «جامعها» من أ و ب و ح. وفي الأصل: «راجعها».

(٥) «في ذلك الطهر» من ب.

(٦) في أ و ب و ح: «قولهما».

(٧) راجع: الطحاوي، المختصر، ص ١٩٢ وهامش ٦ منها - ص ١٩٤.

(٨) في ب: «في الأصل استحساناً للحديث».

(٩) في ح: «يدعها» (١٠) «تطهر ثم» ليست في ب.

ثم يطلقها ، إن شاء ، طاهراً ، من غير جماع .

إذا ثبت هذا فنقول :

- إذا قال لامرأته : « أنت طالق للسنة » : < ف > إن كانت من ذوات الإقراء ، وهي طاهرة ، من غير جماع ، يقع الطلاق للحال ^(١) . وإن كانت حائضاً أو ^(٢) في طهر جامعها فيه ، لم يقع الساعة ، فإذا حاضت ، وطهرت ، وقعت بها تطليقة .

- وإذا قال : « أنت طالق ثنتين للسنة ، أو ثلاثاً للسنة » وقع عند كل طهر ، لم يواقعها فيه ^(٣) ، طلقة .

- ولو قال : « أنت طالق ثلاثاً للسنة » ، ونوى الوقوع للحال ، يقع عندنا ، خلافاً لزفر ، لأن السنة نوعان : سنة إيقاع ، وسنة وقوع : فإن وقوع الثلاث عرفناه جائزاً مشروعاً ^(٤) بالسنة ، وسنة الإيقاع ما ذكرناه . فإذا نوى ، صححت نيته .

- ولو قال : « أنت طالق للسنة » ونوى الثلاث ، صح ، لما ذكرنا أن سنة الإيقاع نوعان : حسن وأحسن ، فإذا لم يكن له نية ، يقع على الأحسن ، وهو الطلاق الواحد ، في طهر ، لم يجامعها فيه ، وإذا نوى الثلاث

(١) « للحال » من ب .

(٢) « أو » ليست في ح .

(٣) « فيه » من أ و ب و ح .

(٤) في أ : « أو مشروعاً » .

فقد نوى إيقاعه في ثلاثة أطهار : فيقع ، عند كل طهر ، واحدة . كأنه قال :
« أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار » .

- ولو قال : « أنت طالق للبدعة » ، ونوى الثلاث ، صح ، لأن
إيقاعه الثلاث ، جملة ، في طهر واحد ، بدعة ، والطلاق في حالة الحيض
بدعة ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى ما يحتمله كلامه ^(١) ، فصحت نيته .
- فأما في حق الآيسة ، والصغيرة ، والحامل ^(٢) : < فإنه > إذا قال : « أنت طالق
ثلاثاً للسنة » يقع ، لاحتال ، واحدة ، وعند كل شهر ، أخرى ، لقيامه بمقام الطهر ^(٣) .
- وعلى هذا - إذا قال ^(٤) : « أنت طالق طلاق ^(٥) العدة ، أو طلاق العدل ،
أو طلاق الإسلام ، أو طلاق الحق ، أو طلاق القرآن ، أو أجل ^(٦)
الطلاق ، أو أعدل الطلاق ، أو أحسن الطلاق » - فالجواب فيه مثل
قوله : « أنت طالق للسنة » .

ثم يفتنع الطهرون أيضاً إلى نوعين آخرين : رجبى وبائى :
أما الرجبى :

فهو صريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنتين ^(٧) .

(١) في ح : « لفظه » .

(٢) « والحامل » ليست في ب - انظر الهامش التالي .

(٣) زاد في ب : « وكذا في حق الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لما قلنا » - راجع
الهامش السابق .

(٤) « إذا قال » ليست في ح .

(٥) « طلاق » ليست في ب و ح .

(٦) في أ : « أو قال : أنت طالق أجل » .

(٧) في ب و أ : « أو اثنتين » .

والصريح ما اشتق من لفظ ^(١) «الطلاق» نحو قولك ^(٢) : «أنت طالق» و ^(٣) «أنت مطلقة» و ^(٤) «طلقتك». ونحو ذلك. وكذلك إذا قال: «أنت الطلاق» ^(٥) ، لأن المصدر قد يراد به المفعول ، كأنه قال : «أنت مطلقة» وقد يراد به الفاعل فكأنه قال : «أنت طالق» .

وكذلك اللفاظ الثلاثة التي تسمى كناية . نحو قولك «اعتدى» و «استبرى رحمك» و «أنت واحدة» ^(٦) فإنه يكون رجعياً : لأن قوله «اعتدى» ^(٧) : إن كان بعد الدخول ، يقع الطلاق به ^(٨) ، بطريق الاقتضاء ، لأن الأمر بالاعتداد يكون بعد الطلاق ، فيصير الطلاق ثباتاً مقتضى صحة الأمر ، كأنه قال : «طلقتك فاعتدى» ؛ وإن كان قبل الدخول بها ^(٩) : يجعل مجازاً ^(١٠) عن الطلاق . وكذا ^(١١) قوله : «استبرى رحمك» ، وقوله : «أنت واحدة» ^(١٢)

(١) في ا و ح : «نظرة» .

(٢) في ح : «قوله» .

(٣) و (٤) في ا : «أو» .

(٥) في ح : «طالق» .

(٦) أي أنت طالق طاقة واحدة كما يقال أعطيتك جزيلاً أي عطاء جزيلاً - فهو ، لا نوى الطلاق - قد جمل قوله «واحدة» نعتاً لمصدر مخنوف وهو الطاقة (انظر ما سيأتى والكاساني ٣ : ١١٢ - ٧ - ٩) . وانظر السطرين الأخيرين من متن هذه الصفحة وانظر فيها بعد ص ٢٦٨ .

(٧) «استبرى .. اعتدى» من ا و ب و ح .

(٨) «به» من ب .

(٩) «بها» من ح .

(١٠) في ا و ب و ح : «فهو مجاز»

(١١) «كذا» ليست في ح .

(١٢) في الأصل : «وأنت» .

أى أنت طالق طلقة واحدة .

ثم ما كان من الصريح لا يحتاج فيه إلى النية .

وأما في هذه الألفاظ الثلاثة : < ف > يحتاج إلى النية .

فلو نوى بقوله « أنت طالق » ، ونظائر ، ثلاث تطليقات أو طلقتين -

لا يصح عندنا . وعند زفر والشافعي : بصح .

فأما إذا ذكر بلفظة الأمر ، بأن قال : « طلقي نفسك » أو قال لرجل :

« طلق امرأتى » ونوى الثلاث : صح .

وكذلك إذا قرن به المصدر . بأن قال « أنت طالق طلاقاً » . وكذا إذا

ذكر المصدر وحده ، بأن قال « أنت الطلاق » ونوى الثلاث : صح ،

بالإجماع ^(١) .

ولا خلاف في الكنايات المنبثقة عن البيونة ، والحرمة ، نحو قولك :

« أنت بائن » ، « أنت على ^(٢) حرام » ونوى الثلاث : فإنه يقع الثلاث -

والمسألة معروفة .

ولو قال « أنت طالق » وقال أردت طلاقاً عن وثاق ، يصدق فيما بينه

وبين الله ، دون القضاء ^(٣) ، لأنه صرف الكلام عن ظاهره شرعاً .

ولو قال « أنت طالق » وقال ^(٤) أردت ^(٥) الطلاق عن العمل ، لا يصدق

(١) « بالإجماع » ليست في ١ . أما في ٢ فقد سقطت عبارة « بأن قال : أنت طالق

طلاقاً ، وكذا إذا ذكر المصدر وحده » فالعبارة فيها : « وكذلك إذا قرن به المصدر بأن قال

أنت الطلاق ، ونوى الثلاث : صح . بالإجماع » . وأما في ٣ « البارة ساقطه كلها ماعداً » بالإجماع ،

ولذلك فالساقط في ٤ : « وكذلك إذا قرن به المصدر ... صح » .

(٢) « على » ليست في ٢ ، فيها : « أنت حرام » .

(٣) في ٤ : « دون القضاء ، ولا يصدق في القضاء » .

(٤) « أنت طالق وقال » من أوب و ح . (٥) في ٥ : « أردت به » .

أَصْلًا - كَذَا^(١) قَالَ أَصْحَابُنَا . وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ^(٢) قَالَ :
يَصْدُقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ فِي الْفَصَالَيْنِ .

وَلَوْ قَالَ « أَنْتَ مُطْلَقَةٌ رَجْعِيَّةٌ^(٣) » ، لَا يَقَعُ بِدُونِ النِّتَةِ .

وَلَوْ قَالَ : « أَنْتَ أَطْلَقُ مِنْ امْرَأَةٍ فَلَانٌ » وَهِيَ^(٤) مُطْلَقَةٌ ، فَإِنَّهُ
يَقِفُ^(٥) عَلَى النِّتَةِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي حَالِ سُؤَالِ الطَّلَاقِ مِنْهَا : فَإِنَّهُ يَقَعُ ،
مِنْ غَيْرِ نِتَةٍ .

وَلَوْ قَالَ « يَا مُطْلَقَةٌ » أَوْ « يَا طَالِقٌ^(٦) » وَقَالَ أَرَدْتُ بِهِ الشَّتْمَ : يَصْدُقُ فِيمَا
بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ ، دُونَ الْقَضَاءِ^(٧) إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ قَبْلَهُ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ
لَهَا زَوْجٌ قَبْلَهُ : < فَإِنَّهُ > يَصْدُقُ فِي الْقَضَاءِ .

وَلَوْ قَالَ : « أَنْتَ طَالِقٌ طَالِقٌ » أَوْ « طَلَقْتُكَ طَلَقْتُكَ » وَعَنَى بِالثَّانِي
الِإِخْبَارَ : يَصْدُقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ ، دُونَ الْقَضَاءِ .

وَلَوْ قَالَ « أَنْتَ طَالِقٌ » فَقَالَ رَجُلٌ « مَا قُلْتَ ؟ » فَقَالَ : « قُلْتَ : هِيَ
طَالِقٌ » ، أَوْ قَالَ « قَدْ طَلَقْتُهَا » فَهِيَ وَاحِدَةٌ فِي الْقَضَاءِ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ
يَدُلُّ عَلَيْهِ .

(١) فِي ب : « وَكَذَا » .

(٢) « أَنَّهُ » لَيْسَتْ فِي ب وَ ح ، وَفِيهَا : « وَقَالَ »

(٣) « رَجْعِيَّةٌ » لَيْسَتْ فِي ب وَ ح : « أَنْتَ مُطْلَقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ » .

(٤) فِي ب : « وَامْرَأَةٌ فَلَانٌ » بِدَلَالَةِ مَنْ : « وَهِيَ » .

(٥) فِي أ وَ ح : « يَقَعُ » .

(٦) فِي ح : « يَا طَالِقٌ » .

(٧) فِي أ وَ ب وَ ح : « وَلَا يَصْدُقُ فِي الْقَضَاءِ » .

وأما حكم الطلاق الرجعى - < فنقول > :

إنه يوجب الحرمة، وزوال الملك، عند انقضاء العدة . وفى الحال: ينعقد سبباً لزوال الملك ، ويتم عليه ^(١) عند انقضاء العدة .

وكذا ينعقد سبباً لزوال حل المحلّة، عند انضمام الطلقة الثانية والثالثة إليه . فأما فى الحال: < ف> لا يزول شيء من الحل والملك .

وهذا عندنا ^(٢) . وعلى قول الشافعى: حكمه ، للحال ^(٣) ، زوال حل ^(٤) الوطء ، وزوال الملك من وجهه .

وعلى هذا يبنى حل الوطء ، عندنا ، لقيام ملك النكاح ، من كل وجه . وإنما يزول عند انقضاء العدة ، فيكون الحل قائماً قبل انقضاء العدة ، وتكون الرجعة استدامة الملك - وعنده : الرجعة إنشاء النكاح من وجه ، واستبقاء من وجه ، فيقول ^(٥) بالحرمة ، احتياطاً .

وعلى هذا يبنى أن الإشهاد ^(٦) ليس بشرط فى الرجعة ، عندنا ^(٧) ، وعنده: شرط . لما كان إنشاء ^(٨) النكاح من وجه .

(١) فى ب : « تمهله » . وفى ا و ح : « يتم عليه » .

(٢) « فأما فى الحال ... عندنا » من ب وليست فى الأصل ، ولا فى ا و ح .

(٣) « للحال » ليست فى ا و ح .

(٤) « حل » ليست فى ح .

(٥) « فيقول » ليست فى ا .

(٦) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « الشهادة ليس ... » .

(٧) « عندنا » ليست فى ا .

(٨) فى ا : « كان من إنشاء » .

وأجمعوا أنه يملك المراجعة من غير رضا المرأة ، ومن غير مهر ، ومن غير تجديد العقد: وهو أن يقول لامرأته « راجعتك » أو عبارة تقوم مقامها في هذا المعنى ^(١) . والافضل أن يشهد على رجعتها . وأن يعلمها بذلك .

وعلى هذا : إن الرجعة لا تثبت بالفعل عنده ، لأن إنشاء النكاح . من كل وجه ، يكون بالقول ، والرجعة إنشاء من وجه ، فيجب ^(٢) أن تكون بالقول أيضا ، لكننا نقول : عندنا تثبت الرجعة و ^(٣) الا عادة إلى الحالة الأولى ، بطريق الدلالة ، لأن الطلاق الرجعي متى زال الملك به ، عند انقضاء العدة ، يثبت من وقت التكلم من وجه ، لأن الإبانة قول الزوج ، وقوله ^(٤) هو الطلاق السابق ، فلم تصح ^(٥) الرجعة بالوطء ، لصار الوطء واقعا في ملك الغير من وجه ، فكان الاقدام على الوطء دلالة الرجعة والرد إلى الحالة الأولى ، احترازا عن الحرمة من وجه ^(٦) و ^(٧) .

(١) « المعنى » ليست في ب .

(٢) الفاء من ب .

(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « هو » .

(٤) في ا و ب و ح : « لأن الإبانة فعل الزوج وفعله » .

(٥) في ح : « فلم تصح » بدلا من : « فلم تصح » .

(٦) « من وجه » من ا و ب و ح .

(٧) عبارة الكاساني (٣ : ١٨١ - ٧ من أسفل - ١٨٢) : « ... وعلى هذا تبين

الرحمة بالفعل بأن جامعها : أنها جائزة عندنا ، وعند الشافعي : لا يجوز الرجعة إلا بانقضاء وجه البناء على هذا الأصل أن الرجعة عنده لإنشاء النكاح من وجه ، وإنشاء النكاح من كل وجه لا يجوز إلا بالقول - فكذا إنشاءه من وجه ؛ وعندنا هي استدامة النكاح من كل وجه ، فلا تختص بالقول . ويبقى أيضاً على حل الوطء وحرمة : وجه البناء أن الوطء لما كان حلالا عندنا فإذا وطئها فلم يحمل الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعهما بالقول بل بتركها حتى تنقضي عدتها »

وكذا إذا لمسها^(١) بشهوة^(٢)، أو نظر إلى فرجها بشهوة^(٣)، لأن ذلك حرام أيضاً في غير الملك من وجه .

فأما النظر إلى فرجها^(٤)، لا عن شهوة، والنظر إلى سائر أعضائها عن شهوة: < ف > لا يوجب المراجعة، لأن هذا مما يباح في الجملة .

ولو جامعت الزوج، وهو نائم، أو مجنون: تثبت الرجعة .
ولو لمسته المرأة بشهوة مختلصة، أو كان نائماً^(٥)، واعترف^(٦) أنه كان

بشهوة^(٧): فهو رجعة عند أبي حنيفة. وهو رواية عن^(٨) أبي يوسف. وقال محمد: ليس برجعة^(٩) - وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع، في الجارية

= فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لأنه لا فعل منه، إلا ذلك فيزول الملك مستنداً إلى وقت وجود الطلاق، فتبين أن الملك كان زائلاً من وقت الطلاق، من وجه، فيظهر أن الوطء كان حراماً، فجعل الإقدام على الوطء دلالة الرجعة، صيانة له عن الحرام - وعنده لما كان الوطء محرماً لا يقدم عليه فلا ضرورة لى جعله دلالة الرجعة .

(١) في ب و ح : « لو مسحها » .

(٢) في ا و ب و ح : « لشهوة » .

(٣) في ا و ح : « لشهوة » .

(٤) ه إلى فرجها من ا و ب و ح .

(٥) « مختلصة أو كان نائماً » ليست في ب .

(٦) في ا و ب و ح : « واعترف » . وفي الكاساني (٣ : ١٨٢ : ٢٢) : « أو اعترف

الزوج أنه كان بشهوة » . وقال ابن الهمام في الفتوح (٣ : ١٦٢) : « هذا إذا صدقها الزوج في الشهوة فإذا أنكر لا تثبت الرجعة » .

(٧) في ا و ب و ح : « لشهوة » .

(٨) « هو رواية عن » من ب - انظر الهامش التالي .

(٩) في الكاساني (٣ : ١٨٢ : ٢٣) : « ... فهو رجعة في قول أبي حنيفة ومحمد ،

وقال أبو يوسف: ليس برجعة . وقال ابن الهمام (فتح القدير ، ٣ : ١٦١) : « ... ذكر شيخ الإسلام وشيخ الأئمة ، أن على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافاً لأبي يوسف انتهى ، وعن محمد كقول أبي يوسف ، وذكر أن أبا يوسف مع أبي حنيفة » ولتحقيق هذه المسألة راجع فيما تقدم ص ٩٦ - ٩٩ .

المشتراة بشرط الخيار المشتري إذا لمست^(١) المشتري بشهوة^(٢) ، على الاختلاس ، فلا نعيده^(٣) .

ثم إنما تصح الرجعة إذا راجعها في العدة . < ف > لا تصح^(٤) بعد انقضاء العدة ، لأنه زال الملك ، فلا بد من تجديد العقد .

ولو أنها إذا طهرت من الحيضة الثالثة فقال « راجعتك » لا يخاو : إما أن تكون أيامها عشرة ، أو ما دون العشرة :

فإن كانت أيامها عشرة : فإنه لا تصح الرجعة ، وتحل للأزواج ، لأن عدتها تنقضي بمجرد مضي العشرة .

فأما إذا كانت < ت > ما دون العشرة : < ف > إن اغتسلت : لا تصح الرجعة ، وتحل للأزواج . وإن كان قبل الاغتسال : < ف > لا تحل للأزواج ، وتصح الرجعة ، لأن مدة الاغتسال ، من الحيض ، بإجماع الصحابة .

ولو اغتسلت بسؤر حمار : فلا تصح الرجعة ، ولا تحل للأزواج ، لأن سؤر الحمار مشكوك فيه^(٥) ، فيكان الاحتياط في باب الحرمة أن لا تصح الرجعة ، ولا تحل للأزواج .

ولو اغتسلت وبقي في^(٦) بدنها عضو ، كانت له الرجعة . وإن كان

(١) في ب : « مست » .

(٢) في ا و ب و ح : « لشهوة » .

(٣) في الأصل يشبه : « فلا ننتد به » - راجع كتاب البيوع ، باب خيار الفرط ، ص ٩٦ -

٩٩ وخصوصاً ٩٧ - ٩٨ .

(٤) في الأصل ا و ب و ح : « فأما لا تصح » . وفي السكاكيني (٣ : ١٨٣ : ٢٠) : « فلا تصح » .

(٥) راجع ١ ص ١٠٣ .

(٦) في ا و ب و ح : « من » .

أقل من عضو ، فلا رجعة - وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقي أقل من عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحل لها الصلاة - هكذا روى عن أبي يوسف . وقال محمد : الاستحسان في العضو أنه لا تنقطع الرجعة ^(١) ، والقياس أنه تنقطع ، كما في المضمضة والاستنشاق - إلا أنهم استحسنوا وقالوا : لا ^(٢) تنقطع الرجعة ^(٣) ، لأن وجوب غسل العضو بمجمعه عليه . فلا يكون الاغتسال معتبراً معه ، كما لو زاد على العضو . فأما إذا بقي المضمضة أو ^(٤) الاستنشاق : < فقد > روى عن محمد أنه قال ^(٥) : تنقطع الرجعة ، ولا تحل الأزواج . لأن المضمضة تختلف في وجوبها ، فكان الاحتياط أن تنقطع الرجعة ولا تحل < للأزواج > ^(٦) . هذا الذي ذكرنا حكم الاغتسال .

ولو مضى وقت ^(٧) صلاة كامل ^(٨) ، قبل أن تغتسل : فإنه تنقطع الرجعة . لأن الصلاة صارت ديناً ، فيكون لها حكم الطاهرات مطلقاً . فأما ^(٩) إذا تيممت . بأن كانت مسافراً : < فإن صلت تنقطع

(١) « الرجعة » من ب و ا .

(٢) « لا » ليست في ح .

(٣) « الرجعة » من ب .

(٤) كذا في ا . وفي الأصل ب و ح : « و » .

(٥) « قال » من ا و ح .

(٦) « لأن المضمضة تختلف . . . الأزواج » ليست في ب . وفي الأصل و ا و ح .

« الأزواج » فجعلناها « للأزواج » كي يستقيم المعنى كما سبق في المتن .

(٧) في ب : « في وقت » .

(٨) في ا : « كاملة » .

(٩) التاء من ا و ب و ح .

الرجعة^(١) أيضا. فأما بنفس التيمم: <ف> عند أبي حنيفة وأبي يوسف:
لا تنقطع.

وعند محمد وزفر: تنقطع^(٢) - والمسألة معروفة.

ولو قال الزوج: قد^(٣) كنت راجعتك أمس، وكذبت المرأة:
<ف> إن كانت في العدة: فالقول قوله^(٤)، لأنه أخبر بما يملك إنشاء^(٥)
للحال. وإن قال^(٦) بعد انقضاء العدة، وكذبت المرأة^(٧): فالقول قولها^(٨)،
لأنه أخبر بما لا يملك للحال إنشاء^(٩)، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة،
خلافًا لهما - وهذه من جملة المسائل السبعة^(١٠) التي لا يستحلف فيها
عنده^(١١).

فإن قال «قد راجعتك»، فقالت مجيبة^(١٢): «قد^(١٣) انقضت عدي»:

(١) «الرجعة» من ب.

(٢) في ح: «لا تنقطع».

(٣) «قد» من ب.

(٤) في أ: «قولها».

(٥) هكذا في أ وح. وفي الأصل: «الإنشاء». وفي ب: «لا نشأ».

(٦) «قال» ليست في ح. وفي ب: «كان» وانظر الهامش التالي.

(٧) في ب: «وكذبت المرأة لأن كانت في العدة».

(٨) في ح: «فالقول قول المرأة». وفي ب: «قوله».

(٩) «وإن قال بعد إنشاء» ليست في أ.

(١٠) «السبعة» من أ وب وح. انظر الهامش التالي.

(١١) ذكرناها في باب الولي: الهامش ١ ص ٢٢٦.

(١٢) زاد في أ وب وح: «له».

(١٣) في ح: «لقد».

فالقول قولها تنسد أبي حنيفة ، وقال^(١) : القول قول الزوج -
والمسألة معروفة .

ومن حكم الطلاق الرجعي - أن تكون الأقرء محسوبة من العدة، لأن
الطلاق واقع في حق^(٢) أحد الحكمين ، وهو انعقاده سبباً لزوال حل
النزوح^(٣) .

وأما الطلاق البائن :

فذكر أقسامه ، وأحكامه - فنقول :

الطلاق البائن أقسام ثلاثة :

أحدها - أن يقتزن^(٤) بصريح الطلاق ما يدل على الينونة .

والثاني - أن يكون اللفظ منبثاً عن الينونة .

والثالث - ما يقع به الينونة من طريق^(٥) الحكم .

أما الأول - < فنقول > :

إذا اقتزن بالصريح العدد الثلاث بأن قال : « أنت طالق ثلاثاً » ،

أو^(٦) اقتزن باللفظ المنبث عن الينونة صفة المرأة^(٧) ، من غير حرف

(١) في ا و ب ح : « وقال أبو يوسف ومحمد » وفي الكاساني (٣ : ١٨٥ : السطر الأسفل) :

« وقال أبو يوسف ومحمد » .

(٢) « حق » ليست في ح .

(٣) « وهو انعقاده ... التزوج » ليست في ا و ح .

(٤) في ب : « يقرن » .

(٥) « طريق » ليست في ح .

(٦) في ا و ح : « لذا » بدلا من : « أو » .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « المرأة » .

المطف^(١) كقوله^(٢) : « أنت طالق بائن^(٣) » أو « طالق البتة^(٤) » أو « أنت طالق حرام » .

وعن أبي يوسف أنه إذا قال « أنت طالق للبدعة » ونوى واحدة بائنة : تكون بائنة . وروى هشام عن محمد في هذه المسألة أنه واحدة رجعية . ولو قال : « أنت طالق أقبح الطلاق » : روى عن أبي يوسف أنه رجعى ، وقال محمد : إنه بائن .

والقسم الثاني :

أن يوقع بالفاظ^(٥) دالة على البينونة والقطع والحرمة ، وهي تسمى « كنايةات الطلاق » .

وهي في الجملة أقسام ثلاثة : منها ما يصلح للشتم والتبديد ، والطلاق . ومنها ما يصلح للطلاق والتبديد ، و^(٦) لا يصلح للشتم . ومنها ما^(٧) لا يصلح للطلاق . والأحوال ثلاثة : حال^(٨) ذكر الطلاق ، وحال الغضب ، وحال ابتداء الزوج بالطلاق ليس بحال سؤال الطلاق ولا حال الغضب .

وهنا حكايتان : أحدهما - أن وقوع الطلاق بهذه اللفاظ^(٩) يفتقر إلى

(١) « من » . . . المطف « من ا و ب . وفي ح : « من غير المطف » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كفواك » .

(٣) في ب : « أنت طالق ثلاثا بائن » .

(٤) في أ : « بتة » . وفي ب : « أنت طالق البتة » .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بلفظ » . وانظر فيها تقدم ص ٢٥٨ .

(٦) « يصلح للطلاق والتبديد » . ليست في ح .

(٧) « ما » من ا و ب و ح .

(٨) « حال » . ليست في ب . وفي ح و ا : « حالة » .

(٩) « بهذه اللفاظ » . ليست في ا .

نية الطلاق أم لا؟. والثاني - إذا قال المتكلم: «أعني بهذا اللفظ الطلاق»: هل يصدق أم لا؟ .

ف نقول :

أما بيان الحكم ^(١) الأول :

إذا ذكر لفظاً يصلح للطلاق في ^(٢) غير حال مذاكرة ^(٣) الطلاق ، وحال الغضب ^(٤) ، كقوله كان ^(٥) : <ف> إذا نوى به الطلاق: يقع . وإن لم يكن له نية : لا يقع ، لأنه كما يصلح ^(٦) لافترقة يصلح لأمر آخر - فإن قوله « بأن » يحتمل بينونة الطلاق ، ويحتمل بينونة عن الخير أو عن الشر . وكذلك قوله « اذهبي » و « اغربي » و « الحقي بأهلك » فإنه كما يصلح للطلاق ، يصلح للإبعاد عن نفسه ، والتغريب من غير طلاق محتمل ^(٨) ، والمحتمل ^(٩) لا يقع بدون النية .

وإن كان لفظاً ^(١٠) لا يصلح للطلاق ، فإنه لا ^(١١) يقع به الطلاق ،

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « حكم » .

(٢) هكذا في ب و ح . وفي الأصل : « من » وانظر الهامش :

(٣) في ب : « ذكر » وانظر الهامش التالي .

(٤) « في غير حال ... الغضب » ليست في أ .

(٥) « كقوله كان » من أ و ح .

(٦) « وإن لم يكن له نية ... كما يصلح » ليست في ج .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أو » .

(٨) « محتمل » من ا و ب .

(٩) « والمحتمل » ليست في أ . وفي ح : « ومحتمل » .

(١٠) « لفظاً » من ا و ب . وفي ح : « ألفاظاً » .

(١١) « لا » ليست في أ .

وإن نوى ، لأن الطلاق يقع باللفظ ، لا بالنية ، كقوله « اسقني »^(١) و « اقمدي » و « أعرضت عن طلاقك » و « صفحت عن فراقك » و « تركت طلاقك » و « خليت سبيل طلاقك » ونحو ذلك .

وأما في حال ذكر الطلاق و^(٢) حال الغضب : < ف > في تسعة ألفاظ من الكتابات يقع الطلاق ، بلانية - وهي قوله : « أنت بائن » و « أنت على حرام » و « خلية » و « بريئة » و « بة » و « أمرك بيدك » و « اختاري » و « اعتدي » و « استبري رحمك » - لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح لغيره . والحال يدل على الطلاق ظاهرا ، لأنه حال سؤال الطلاق ، وحال الغضب والخصومة ، فكان الظاهر أنه قصد الطلاق^(٣) بذلك ، فرجع جانب الطلاق على غيره .

وأما في سائر الألفاظ ، نحو قولك^(٤) : « لا سبيل لي عليك » و « فارقتك » و « خليت سبيلك » و « لا ملك لي عليك » و « الحقى بأهلك » و « وهبتك لأهلك » و « اغربني » و « اخرجني » و « اذهبي » و « قومي » و « استتري » و « تقمعي » و « تزوجي » و « لا نكاح لي عليك » ، ونحو ذلك - < ف > لا يقع إلا بالنية ، لأنه^(٥) كما تصلح للطلاق ، تصلح للتباعد عن

(١) في ج كذا : « اسقني » .

(٢) « حال ذكر الطلاق » من ا و ب و ح .

(٣) في ا و ب : « قاصد للطلاق » . وفي ح : « قاصد الطلاق » .

(٤) في ب : « قوله » .

(٥) في ا : « لائها » . وفي ح : « لائها » .

نفسه^(١) ، والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق^(٢) ، فلا بد من النية .

وأما الحكم^(٣) الثاني :

وهو أنه إذا قال^(٤) « ما عنت به الطلاق » - هل يصدق ؟ فقول : في^(٥) كل لفظ يصلح للطلاق ، يصدق ، فيما بينه وبين الله ، لكونه محتملا^(٦) . فأما في القضاء < ف > هل يصدق : فهو على أقسام ثلاثة^(٧) : - قسم منه لا يدين^(٨) ، في الأحوال كلها ، وهو أربعة ألقاظ : قوله : « أمرك بيدك » و « اختارى » و « اعتدى » و « استبرى رحمك » ، لأن هذه الألقاظ لا تصلح للشتم ولا للتبديد ، فالظاهر منها الطلاق^(٩) ، والحال يدل^(١٠) عليه ، فلا^(١١) يصدق في القضاء .

(١) « عن نفسه » ليست في ب .

(٢) « والإنسان قد يبعد امرأته من غير طلاق » ليست في ا و ب و ح . وهنا في ا و ح : « والحال لا يدل على الطلاق » . وفي ب : « والحال لا يدل على الطلاق لكونه محتملا » .

(٣) في ح : « حكم » .

(٤) « هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وهو أن يقول » .

(٥) « في » ليست في ا .

(٦) في ا و ب و ح : « وبين الله لأنه نوى ما يحتمله لفظه وإن كان خلاف الظاهر » .

(٧) انظر الكشاف ، ٣ : ١٠٦ : ٩ من أسفل .

(٨) قال في المغرب : « دينه وكفه إلى دينه » . وقولهم « يدين في القضاء » أي يصدق » .

وقال الباهرني في الناية (٣ : ٤٦) : « (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته : « دينت الرجل تدينياً » وكفه إلى دينه ، فاستعمل في التصديق مجازاً » .

(٩) في ح : « فالظاهر منها أنه أراد به الطلاق » .

(١٠) في ا و ب و ح : « لا يدل » .

(١١) « هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولا » .

- وقسم منه يدين في حال الغضب، ولا يدين في حال ذكر الطلاق -
وذلك في كل لفظ يصلح للشتم . وهى خمسة ألفاظ : « أنت خلية » -
« برية » - « بته » - « باين » - « أنت على حرام »^(١) - لأن هذه الألفاظ
تصلح للشتم، وتصلح للطلاق، وحال الغضب يصلح للأمريين جميعاً^(٢)، فسكان
الحال محتملاً ، واللفظ محتملاً^(٣)، للطلاق وغيره ، فلا يكون قوله^(٤)
خلاف الظاهر ، فيصدق . وأما في حال ذكر^(٥) الطلاق: فذكر هذه
الألفاظ مع الرضى لا يصلح إلا للطلاق ، فحمل عليه ، دون الشتم .

- وقسم منه يدين في حال الغضب، وحال ذكر^(٦) الطلاق ، وهى
الألفاظ التى تصلح للتبديد والطلاق دون الشتم ، لأن هذه الألفاظ
تصلح للتبديد وتصلح للطلاق ، فلا يرجح أحد الأمريين بالحال ، وقد
نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يخالفه ، فيصدق في القضاء .

< والقسم الثالث > ^(٧) :

وأما البائن الذى يقع حكماً فكثير : كاعتراض حرمة المصاهرة ،
والرضاع، واللعان ، والردة - ونحوها^(٨)، لأن الغرض هو المفارقة بينهما ،

(١) هكذا فى ا و ح . وفى الاصل : « ورية » ، وفى ب : « أنت خلية » و « برية »
و « بته » و « باين » و « أنت على حرام » .

(٢) « جميعاً » من ا .

(٣) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « محتمل » .

(٤) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « نيته » .

(٥) و (٦) فى ا : « مذاكرة » .

(٧) أى القسم الثالث من الطلاق البائن - راجع ص ٢٦٧ و ٢٦٨ .

(٨) فى ب : « ونحو ذلك » .

فلا بد من ثبوت البيزونة^(١) - لكن بعضها يكون طلاقاً بالاجماع بين أصحابنا^(٢) ، وبعضها يكون فسخاً بالاجماع . وبعضها مختلف فيه^(٣) .

أما الأول - <فكالفرقة بالإيلاء> : فإذا مضت مدة الإيلاء^(٤) ، بانت بتطايقه بائنة عندنا ، لأنه حصل بقول^(٥) الزوج . <و> كتفريق القاضى بسبب العنة^(٦) : فإن القاضى نائب عن الزوج فى التفريق الواجب عليه^(٧) و^(٨) .

وأما ما يكون فسخاً بالاجماع - <و> كالفرقة التى تقع بحرمة مؤبدة ، مثل حرمة المصاهرة ، وحرمة الرضاع ، لأنها خلاف حكم الطلاق . وكذلك كل فرقة حصلت بفعل المرأة ، أو حصلت لا بفعل الزوجين^(٩) :

(١) فى ب : « ثبوت البيزونة عن وصلة النكاح » .

(٢) « بين أصحابنا » ليست فى ا . وفى ح : « بإجماع بين أصحابنا » .

(٣) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « يكون مختلفاً فيه » .

(٤) الإيلاء فى اللغة عبارة عن البعير . وفى الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحه أربعة أشهر فصاعداً منها مؤكداً باليمين (البارئى . العاية ٣٠ : ١٨٢) - وسيأتى الكلام عليه فى باب مستقل . وفى ا : « مدة أيامها » . واضطر فيها بعد الهامش ٨ .

(٥) فى ا و ب و ح : « بفعل » .

(٦) راجع الهامش ١ ص ٢٠٨ .

(٧) « عليه » من ا و ب و ح .

(٨) العبارة فى الأصل ا و ب و ح كما أتت : « أما الأول كتفريق القاضى بسبب العنة فإذا مضت مدة الإيلاء (فى ا : مدة أيامها) بانت بتطايقه بائنة عندنا لأنه حصل بقول (فى ا و ب و ح : بفعل) الزوج فإن القاضى نائب عن الزوج فى التفريق الواجب (زاد فى ا و ب و ح : عليه) - والعبارة على هذا النحو غير مستقيمة فجعلناها على النحو الذى فى المتن .

(٩) فى ب : « وحصلت لا بفعل الزوج » .

فهي فسخ ، لأن المرأة لا تملك الطلاق^(١)، والطلاق لا بدله من قول^(٢) الزوج ، وذلك نحو اختيار الامة المعتقة نفسها ، أو اختيار الصغيرة إذا أدركت ، وردة المرأة ، وإبائها الإسلام^(٣) بعد إسلام زوجها ، والفرقة الواقعة باختلاف الدارين ، لأنه ليس فعل^(٤) أحد ، وكذا إذا ملك أحد الزوجين صاحبه ، لأنه تقع الفرقة بلا فعل^(٥) ، وكذا إذا أسلم الحربي ، وتحتة أكثر من أربع نسوة ، فاختر أربعاً^(٦) منهن : تقع الفرقة على الباقيات ، بغير طلاق ، لأن الحرمة^(٧) تثبت شرعاً ، واختيار الزوج ، لا بيان ، لأنه طلاق . وكذا اختيار الصغير^(٨) نفسه ، بعد البلوغ ، وإن كان فعله ، لأنه رفع النكاح من وجه^(٩) ، والفسخ يثبت بطريق الضرورة .
وأما المختلف فيه - <ف> نحو الفرقة بسبب اللعان : عند أبي حنيفة ومحمد : تكون طلاقاً ، وعند أبي يوسف : تكون فسخاً ، لأنه يثبت به^(١٠) حرمة مؤبدة ، عنده - خلافاً لهما .

(١) « الطلاق » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « قل » .

(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عن الإسلام » .

(٤) في ب : « بفعل » .

(٥) في ا و ب و ح : « لأنه يقع لا بفعل أحد » .

(٦) « أربعاً » ليست في ا .

(٧) « طلاق لأن الحرمة » ليست في ا .

(٨) في ا : « الصغيرة » .

(٩) « من وجه » ليست في ا .

(١٠) « به » ليست في ا و ب .

وكذا ردة الزوج: عند أبي حنيفة وأبي يوسف: فرقة بائنة بغير طلاق.
وقال محمد: هي طلاق بائن.

وإياه الزوج الإسلام إذا أسلمت امرأته الذمية: فهو^(١) طلاق بائن
عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف: فرقة بائنة بغير طلاق.
فمحمد سوى بينهما^(٢) وجعلها طلاقاً بائناً^(٣). وأبو يوسف جعلها فسخاً. وأبو
حنيفة فرق بينهما فقال: ردة الزوج فسخ، وإياه الإسلام طلاق.
وأما بيان أحكام الطلاق البائن - فنقول:

< منها > - إن كان واحداً يزول به ملك النكاح^(٤)، وتبقى المرأة محلاً
للنكاح بطلاقين، حتى لا يحل له الاستمتاع بها، ولا يصح الظهار والإيلاء،
ولا يجري التوارث، ولا تحل إلا بتجديد النكاح، ولو وطئها لا ينجب^(٥)
الحد، لاختلاف الصحابة في الكنايات: إنها بوائن أو راجع، وأصحابنا
أخذوا بقول من قال إنها بوائن. والشافعي أخذ بقول من قال
إنها راجع.

وإن كانت البيونة بالثلاث: يزول الملك، وحل المحلية، جميعاً - حتى لا يحل
له وطئها إلا بعد إصابة الزوج الثاني. وإن وجد عقد النكاح أو ملك

(١) كذا في ب. وفي الأصل واو ح: « في ».

(٢) زاد في ا و ح هنا: « ولأبوه الإسلام ».

(٣) « بائناً » ليست في ا و ب ح.

(٤) في ح: « يزول ملك الزوج ».

(٥) « لا ينجب » ساقطة من ح.

اليمين : فإن النكاح لا يصح لعدم حل^(١) المحلّة ، وبسبب ملك اليمين :
يصح ، ولا يفيد الحل .

ومنها - أن المبانة والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ، مادامت في العدة ،
عندنا ، خلافاً لشافعي .

وأجمعوا أنّه لا تلحقها الكنايات المزيّلة للنكاح - والمسألة معروفة .
ومنها - أن الطلاق البائن هل يكره إذا خلا عن العدد^(٢) والعوض^(٣) ؟
فيه روايتان : في ظاهر الرواية : لا يكره . وفي رواية الزيادات : يكره .
وإذا اقترن به العدد^(٤) : يكره . بالإجماع^(٥) .

وإذا اقترن به^(٦) العوض ، وهو الخلع : لا يكره - على ما ذكر .

ثم وقوع الطلاق بما ذكرنا من الالفاظ يستوى فيه الجواب بين أن
وجد^(٧) من الزوج ، أو من نائبه ، وهو الوكيل والرسول .

وكذلك إذا كتب - وهو^(٨) أنواع :

إن لم يكن^(٩) مستبين الحروف ، كما إذا كتب على الماء والهواء : فهذا^(١٠)

(١) « حل » من ب .

(٢) في أ : « العدة » .

(٣) زاد في الأصل هنا : « فيه » .

(٤) في ح : « قرّن به العدة » .

(٥) « وإذا اقترن به ... بالإجماع » ليست في ب .

(٦) « به » ليست في أ . وفي ح : « قرّن به » .

(٧) في أ وب : « يوجد » . وفي ح كذا : « يأخذ » .

(٨) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « وعى » . والقصود الكتاب بمعنى الكتابة .

(٩) أى الكتاب - انظر الهامش السابق .

(١٠) الفاء من أ وب و ح .

ليس بشيء ، لأنه لا يسمى كتابة .

وإن كان مستبين الخط ، ولكن لا يكون على رسم الكتابة . بأن كانت ^(١) و ^(٢) على لوح أو حائط أو أرض : فهو ^(٣) في حكم الكتابة . < و > لأن الإنسان قد يكتب لتجربة ^(٤) الخط ولتجربة الحبر والقلم ، فإن ^(٥) نوى الطلاق : يقع ، وإلا فلا .

فأما إذا كان ^(٦) على رسم الكتابة والرسالة ، بأن يكتب ^(٧) : «أما بعد - يا فلانة : إذا وصل إليك كتابي - فأنت طالق ^(٨)» : فإنه يقع الطلاق به ، ولا يصدق إذا قال «لم أرد به الطلاق» ، لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر .

ثم إذا كتب مطلقاً ، وقال «أنت طالق» ، على رسم الكتابة ، يقع الطلاق . كما ^(٩) كتب ، ولا يتوقف على الوصول إليها .

وإن علقه بشرط الوصول ، بأن قال «إذا وصل إليك ^(١٠) كتابي» :

(١) في ا و ح : « كتب » .

(٢) زاد هنا في ب : « في كتاب أو » .

(٣) في ا و ح : « وهو » .

(٤) في ب و ا : « لتجويد » .

(٥) الفاء من ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كانت » .

(٧) « بأن يكتب » ليست في ح و ا . وفي ب : « بأن كتب » .

(٨) في ب : « أما بعد - فلانة طالق . أو : إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق » .

وفي ح و ا كما في ب مع تنبيه يسير في اللفظ دون المعنى .

(٩) « كما كتب » أي عتق كتابه لفظ الطلاق بلا فصل (انظر : السكاساني ١٠٩ : ٣) - وهذا

التعبير متداول في كلام الفقهاء .

(١٠) في ب : « ومالك » .

فإنه لا يقع الطلاق^(١)، ما لم يصل الكتاب إليها، لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده^(٢).

. . .

هذا الذي ذكرنا حكم الصحيح فأما المريض إذا طلق، وهو صاحب الفراش^(٣)، طلاقاً رجعيّاً، أو بائناً، أو ثلاثاً، ثم مات من ذلك المرض، وهي^(٤) في العدة : فإنها تربث، عندنا - خلافاً للشافعي .

والقياس معه - لكننا استحسنا، بإجماع الصحابة .

ولو زال المرض، ثم نكس المريض، ومات، وهي في العدة : لم يرثه، لأنه تبين أنه ما طلق في مرض الموت^(٥).

(١) « الطلاق » من ب .

(٢) في ب : « وجود الترتط » .

(٣) في ب : « فراش » .

(٤) « وهي » ليست في ب .

(٥) زاد في ب وا : « والله تعالى أعلم » .

باب

تفويض الطلاق

هنا فصول أربعة :

أحدها - أن يقول لامرأته : « أمرك بيدك » .

والثاني - أن يقول لها : « اختارى » .

والثالث - أن يقول : « أنت طالق إن شئت » .

والرابع - أن يقول : « طلقى نفسك » .

أما الأول

فهو ^(١) نوعان : إما أن يكون مطلقاً ، أو مؤقتاً .

أما إذا قال « أمرك بيدك » مطلقاً ، ولم يوقته ^(٢) بوقت ، ويريد به الطلاق : فإنه يصير أمرها بيدها ، ويصير الطلاق موقضاً إليها ، وتصير مالكة لتطبيق ، مادامت ^(٣) في مجلسها ذلك ، وإن طال .

وهذا إذا كانت حاضرة ، و ^(٤) سمعت الأمر من الزوج ، وعلمت به .
فأما إذا كانت غائبة ، أو حاضرة و ^(٥) لم تسمع : فلها الخيار في مجلس

(١) في ا و ب : « أما الأول - فنقول : هو » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بوقت » .

(٣) في ا : « مادام » .

(٤) الواو من ب .

(٥) « حاضرة » من ب ، وفي الأصل و ا : « غائبة أو لم تسمع » . وفي ح : « غائبة ولم تسمع » .

بلغ إليها الخبر فيه^(١)، وعلمت بذلك . لأن هذا تملك الطلاق ، والتمليك يقتصر جوابه على المجلس ، ويكون موقتاً به^(٢) ، كما في قبول البيع .
وإذا صار الأمر في يدها : فإن اختارت نفسها في المجلس ، تقع واحدة بائنة، إذا أراد الزوج به^(٣) طلاقاً واحداً أو اثنين^(٤) . فإن أراد الزوج ثلاثاً ، فهي ثلاث^(٥) ، لأن هذا اللفظ من الكنايات ، فيحتمل الثلاث^(٦) ، فلا بد من نية الطلاق ، على التفصيل الذي ذكرنا . وكذلك إذا قالت^(٧) : « طلقت نفسي » أو « أبنت »^(٨) أو « أنا منك بائن » أو « طالق » أو قالت^(٩) « أنت على حرام » أو « أنت مني بائن » . فإنه يكون جواباً ، لأن هذه اللفاظ للطلاق^(١٠) .

فأما إذا وجد منها كلام ، أو فعل يدل على الإعراض عن اختيار النفس : فإنه يبطل خيارها^(١١) ، ويخرج الأمر من يدها ، وذلك نحو أن تقوم من مجلسها ذلك ، إذا سمعت بالخيار ، إن كانت قاعدة ، أو^(١٢)

(١) « فيه » من ب . وفي ب : « يبلغها الخبر فيه » . وفي ا و ج : « بلغه الخبر إليها » .

(٢) و (٣) « به » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « وكذلك إذا أراد اثنين » .

(٥) « فهي ثلاث » ليست في ح .

(٦) « فيحتمل الثلاث » من ب .

(٧) هكذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « قال » .

(٨) في ا و ج : « طلقت نفسي أو أبنت نفسي » . وفي ب : « طلقت أو أبنت نفسي » .

(٩) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « قال » .

(١٠) في ا و ب : « ألفاظ الطلاق » .

(١١) في ح : « اختيارها » .

(١٢) هكذا في ا و ح . وفي الأصل : « وإن » .

كانت قائمة فركبت ، وإن كانت سائرة فإن أجابت ^(١) على الفور أو وقفت للتأمل في ذلك - وإلا فيبطل خيارها ، لأن ذلك دليل الإعراض . وكذلك إذا اشتغلت بافتتاح الصلاة ، أو بالأكل والشرب ، حتى يكون ذلك مجلس الأكل والشرب ^(٢) . فأما إذا أكلت شيئاً يسيراً ، أو شربت شربة - فلا يعتبر .

فإن قالت « ادعوا ^(٣) لي أبواي حتى أستشيرهما » ، أو « ادعوا ^(٤) لي شهوداً أشهدهم عليه ^(٥) » - لم ^(٦) يبطل خيارها ، لأنها تحتاج إلى ذلك ، فلا يكون دليل الإعراض .

ثم إذا اختارت نفسها مرة ^(٧) : ليس لها أن تختار ثانياً ، ويبطل الخيار ، لأنه فوض إليها الخيار مرة واحدة .

وكذلك لو قال لها ^(٨) : « أمرك بيدك إن شئت » .

فأما إذا قال « أمرك بيدك كلما شئت » ، فيكون الأمر في يدها ، في ذلك المجلس ، وغيره ، حتى تبين بثلاث ، لأن كلمة ^(٩) « كلما » تقتضي

(١) في ب : « فأجابت فإن أجابت » - وفي غير هذا الخلاف السارة هكذا في الأصل وغيره والمعنى ظاهر .

(٢) « والشرب » ليست في ا و ب و ح .

(٣) و (٤) في ب : « ادع » .

(٥) في ح : « على » .

(٦) « لم » ليست في ح .

(٧) « مرة » ليست في ح .

(٨) « لما » من ب .

(٩) « كلمة » من ب .

التكرار ، لكنها لا تطلق نفسها في المجلس إلا مرة واحدة (١) ، كأنه (٢) قال لها في كل مجلس « أmerk بيدك » ، فلم يتجدد المجلس لا يتجدد الخيار . وكذلك إذا قال لها « أmerk بيدك إذا (٣) شئت » أو « متى شئت (٤) » أو « ما شئت » أو « متى ما (٥) شئت » - فلها الخيار في المجلس ، وغيره ، كأنه قال لها (٦) « اختارى (٧) في أى وقت شئت » ، إلا أنه يكون لها الخيار مرة ، لأن هذه الألفاظ لا توجب التكرار .

فأما إذا كان الأمر باليد موقتاً ، بأن قال « أmerk بيدك يوماً ، أو شهراً ، أو سنة ، أو هذا اليوم ، أو هذا الشهر ، أو هذه السنة » : فلها الأمر في جميع ذلك (٨) الوقت ، و (٩) إعراضها عن الجواب في ذلك المجلس ، وغيره ، واشتغالها بغير الجواب من الأعمال والأقوال ، لا يبطل خيارها ، ما بقى شيء من ذلك الوقت (١٠) ، لأنه فوض الطلاق إليها في جميع ذلك الوقت ، غير أنه إذا كان الوقت منكراً ، كقوله « يوماً أو (١١) شهراً » ، فلها

(١) « واحدة » ليست في ا و ب و ح .

(٢) في ا : « لأنه كأنه » . وفي ب : « لأنه يصير كأنه » .

(٣) في ا و ب : « لذن » .

(٤) « أmerk بيدك فلم يتجدد ... أو متى شئت » ليست في ب .

(٥) « ما » ليست في ا .

(٦) « لها » من ا .

(٧) في ح : « اختارى اختارى » .

(٨) « ذلك » ليست في ا و ب و ح .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) « الوقت » ليست في ا و ح .

(١١) في ا و ح : « و » .

الخيار من ساعته ^(١) التي ^(٢) تسكلم ، إلى أن يتم الوقت ويكون الشهر بالأيام .

فأما إذا عين ^(٣) فقال « هذا اليوم » أو « هذا الشهر » أو « هذه السنة » فلها الخيار في بقية اليوم والشهر والسنة ^(٤) . ولو لم ^(٥) تعلم ^(٦) بالوقت حتى مضى ، يبطل خيارها ، ولا يتوقف ثبوت الخيار على الوقت الذي علمت به ^(٧) ، لأنه أثبت الخيار في زمان مقدر ، فينتهي بانتهاء الوقت ، إذ لو بقي ، لزاد على مقدار الوقت ، وفي الأمر باليد مطلقاً يتوقف ^(٨) على مجلس العلم ، فيشترط ^(٩) عليها بذلك . لأنه ما قيد ^(١٠) بالوقت .

ولو اختارت زوجها في أول الشهر ، أو في أول السنة ، ثم أرادت أن تختار نفسها بعد ذلك : فلها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد ، لأنه جعل إليها الخيار في جميع ^(١١) المدة . واختيارها ^(١٢) لازوج في اليوم إبطال للخيار

(١) في ا : « فلها من ساعته » وفي ح : « فله من ساعته » .

(٢) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الذي » .

(٣) في ا و ب و ح : « عرف » .

(٤) « والشهر والسنة » من ب .

(٥) « لم » ساقطة من ا .

(٦) هكذا في ا و ب وفي الأصل ب و ح : « يعلم » .

(٧) في ح : « فيه » .

(٨) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يتوقف » .

(٩) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « ويشترط » .

(١٠) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لأنها ما قيد » .

(١١) « جميع » ليست في ح .

(١٢) في ا و ب و ح : « فاختارها » .

فيه ، فلا يوجب بطلان الخيار في يوم آخر ، في ذلك الوقت . كما إذا
أعرضت عن الجواب في يوم إذا ^(١) اشتغلت بأمر كثيرة ، فيبطل
خيارها في ذلك اليوم ، لافى باقى المدة - كذا هذا .

وقال أبو يوسف : يخرج الاثر من يدها ، في الشهر كله . لأن
هذا تمليك واحد في الشهر ، فيبطل برد واحد ، كتمليك البيع ^(٢) .
وكذلك الخلاف في قوله : « أمرك بيدك كلما شئت » و ^(٣) « إذا شئت »
و ^(٤) « متى شئت » .

وقالوا أيضاً : إن الخلاف على عكس هذا .

وأما الفصل الثامن - انرا ^(٥) قال لها : « اختارى » - فنقول :

الجواب في هذا وفي قوله « أمرك بيدك » سواء في جميع الأحكام
إلا في موضعين :

أحدهما - أن الزوج إذا أراد به الثلاث لا يقع ، وفي قوله ^(٦) « أمرك
بيدك » يقع ؛ لأن ذلك من كنايات الطلاق ، وأما قوله « اختارى »
< ف > ليس من ألفاظ الطلاق ، وإنما هو تفويض الطلاق بلفظ
لا يقتضى التكرار .

(١) في ا و ب و ح : « أو » .

(٢) في ح : « المبيع » .

(٣) و (٤) في ب و ا : « أو » .

(٥) في ب : « وهو ما إذا » .

(٦) « قوله » من ا و ب و ح .

والثاني - أنه لا بد من ذكر النفس ، ههنا ، في أحد الكلامين ، بأن يقول الزوج : « اختارى نفسك » أو قالت ^(١) « اخترت نفسي » إذا ^(٢) قال الزوج « اختارى » لاغير . وأما إذا قال « اختارى » فقالت « اخترت » لا يكون شيئاً . وكذلك إذا قرن ^(٣) بالحيار ما يوجب الاختصاص باختيار الطلاق ، فهو كاف ، بأن قال « اختارى الطلاق » أو « اختارى اختيارة » ^(٤) .

ثم المرأة إذا قالت « اخترت نفسي » أو « طلقت نفسي » يكون جواباً . ولو قالت « اخترت أُمى أو أبى أو أهلى أو الأُزواج » : < ف > القياس أن لا يقع به شيء ، وفي الاستحسان : يقع ، لأن المرأة عند الطلاق تلحق بهؤلاء ، فصار اختيارها لذلك دلالة اختيار ^(٥) الطلاق ، كأنها قالت « اخترت الطلاق » .

. . .

(١) التاء من اوب وح .

(٢) في اوب : « أو » .

(٣) في ب : « اقترن » .

(٤) في ح : « أو اختارى اختارى » . وفي ب : « اختارى اختارى » . فأما في ا : « فهو كاف » بأن قال : « اختارى » . ففي ا جلة ساقطة . وفي الكسافى (٣ : ١١٨) : « والثاني أن في « اختارى » لا بد من ذكر النفس في أحد الكلامين ، إما في نفويض الزوج ، ولما في جواب المرأة بأن يقول لها « اختارى نفسك » وتقول « اخترت » أو يقول لها « اختارى » فتقول « اخترت نفسي » ، أو ذكر الطلاق في كلام الزوج أو في كلام المرأة بأن يقول لها « اختارى » ، أو ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بأن يقول لها « اختارى اختارى » ، فتقول « اخترت » . أو ذكر الاختيارة في كلام الزوج أو في كلام المرأة ، بأن يقول لها الزوج « اختارى اختيارة » ، فتقول المرأة « اخترت اختيارة » ... الخ .

(٥) « اختيار » ليست في اوب .

والفصل الثالث - إذا قال: «أنت طالق إن شئت»:

فالجواب فيه مثل الجواب في «أمرك بيدك» في جميع الأحكام: إن كان مطلقاً: فعلى المجلس، وإن كان موقفاً: فثابت^(١) في جميع الوقت كما ذكرنا في الخيار^(٢) و^(٣). إلا أن هنا يقع الطلاق الرجعي، ولم يقع بائناً^(٤)، إلا إذا قال لها^(٥) «أمرك بيدك في تطليقة» أو «اختارى تطليقة» واختارت نفسها، يقع رجعياً لأنه فوض إليها الرجعي.

وكذلك إذا قال: «أنت طالق إن أردت، أو رضيت، أو هويت، أو أحببت» فإذا قالت «شئت» أو «أردت»^(٦)، في المجلس، يقع الطلاق، وإن كان لا^(٧) يعرف مشيئتها حقيقة، لأن الحكم متعلق بالإخبار عن المشيئة والإرادة، ولهذا إذا قال لها: «إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت طالق» فقالت «أحبك»^(٨) وفي قلبها بخلافه، يقع، ويعتبر الخبر، لاحقيقة المحبة.

وكذلك إذا قال لها «إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار، أو تكرهين دخول الجنة - فأنت طالق» فقالت «إني أحب العذاب

(١) كذا في - وفي أعلى ما يظهر، وفي الأصل: «وقت».

(٢) في جميع الأحكام... في الخيار «ليست في ب».

(٣) زاد في ب: «وقوله: اختارى» والعبارة فيها: «أمرك بيدك وقوله: اختارى»

(٤) في أ وب و ح: «يقع طلاق رجعي وهناك يقع طلاق بائن».

(٥) «لها» من ب.

(٦) في ب: «أحببت».

(٧) «لا» ليست في أ.

(٨) في ب: «ولهذا قال: إذا قال: إن»، وفي ح: «ولهذا قال: إن»

(٩) في ح: «أنا أحبك».

بالتار^(١) وأكره الجنة « وقع الطلاق ، لوجود الخبر .
ولو قال « إن كنت تحبني بقلبك فأنت طالق » فقالت « أحبك » ،
وفى قلبها بخلافه - يقع الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لما ذكرنا .
وعند محمد : لا يقع . لأنّه علّقه بحقيقة فعل القلب ، ولم يوجد^(٢) .

وأما الفصل الرابع - إذا قال : « طلقى نفسك » :

فالجواب فيه مثل الأول ، لأنّ هذا تملك الطلاق منها ،
بخلاف ما إذا قال لاأجنبية « طلقى^(٣) امرأتى » حيث لا يقتصر
على المجلس ، وفى قوله : « طلقى نفسك » يقتصر على المجلس^(٤) ،
لأنّ ذلك توكيل ، وفى حق المرأة تملك إلا أن الفرق أن فى قوله :
« طلقى نفسك^(٥) » إذا أراد الزوج الثلاث يقع ثلاث^(٦) وفى قوله :
« أنت طالق إن شئت » فقالت : « شئت » : إذا أراد^(٧) الثلاث ، لا يقع .
ولو قال « اختارى » . فقالت « طلقى » : يقع .

ولو قال « طلقى نفسك » ، فقالت « اخترت » ، لا يقع - لأنّ قولها
« اخترت » ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنها لو قالت « اخترت »

(١) « بالتار » من ا و ب و ح .

(٢) « ولم يوجد » من ب .

(٣) فى ب و ح : « لاأجنبي : طاقى » .

(٤) « على المجلس » من ا .

(٥) « نفسك » ليست فى ح و ا .

(٦) « ثلاث » من ب .

(٧) فى ب : « وأراد » .

نفسى « ، فبلغ الزوج : وأجاز ^(١) - لا يقع به شيء . ولو قالت ^(٢) :
 « طلقت ^(٣) نفسى » ، فأجاز الزوج يقع ، وإنما صار جواباً لقوله :
 « اختارى » و « أمرك بيدك » بالنص ، والإجماع ، بخلاف القياس ،
 فاقصر عليه .

ثم ^(٤) فى هذه الفصول إذا أراد الزوج أن يعزلها ، ويخرج الأمر
 من يدها ، ويرجع عن ذلك ، لا يصح . وكذلك لو نهاها عن ذلك ،
 لأن هذا تفويض الطلاق ، وتعليك له ، والطلاق لا يحتمل الفسخ ،
 فإيجابه كذلك .

وكذلك إذا قال « طلقى نفسك » أو ^(٥) « طلقى نفسك إن شئت » ،
 فقالت « شئت » - لا يقع شيء ^(٦) .

ولو قال « أنت طالق إن شئت » فقالت « شئت ^(٧) » ، يقع ، لأن
 ثمة أمرها بالتطبيق ، ولم ^(٨) يوقع ، وهنا ^(٩) علق الطلاق بمشيئتها ^(١٠) ، وقد
 أتت بالشرط ^(١١) .

(١) فى ا و ب و ح : « فأجاز » .

(٢) فى ح : « قال » .

(٣) فى ب : « اخترت » .

(٤) « ثم » من ا و ب و ح .

(٥) « طلقى نفسك أو » من ا و ب و ح .

(٦) « شيء » ليست فى ح .

(٧) « فالت : شئت » ليست ب .

(٨) فى ب و ح : « فلم » .

(٩) فى ب و ح : « وهنا » .

(١٠) فى ب و ح : « أشيئتها » .

(١١) زاد فى ب : « والله أعلم » .

باب

الاستثناء وغيره

في الباب^(١) فصول مختلفة :

الأول — فصل الاستثناء

إذا قال لامرأة « أنت طالق إن شاء الله » : <ف> إن كان موصولا : لا يقع الطلاق، وإن كان مفصولا : يقع^(٢) — سواء قدم الاستثناء على لفظ^(٣) الطلاق أو آخر ، لأن قوله « إن شاء الله » تعليق الطلاق^(٤) بمشيئة الله ، وإنها لا تعرف .

ثم الاستثناء المفصول أن يفصل^(٥) التكلم بين الاستثناء وما قبله . بسكوت ، أو بكلام آخر^(٦) .

فإذا^(٧) انقطع الكلام بالنفس^(٨) : فلا عبرة به ، لأنه لا^(٩) يمكن الاحتراز عنه .

(١) في ح : « قال رحمه الله : في هذا الباب » .

(٢) في ب : « لا يقع » .

(٣) في ح : « نقطة » .

(٤) « الطلاق » من ا ر ب و ح .

(٥) في ا و ب : « ثم الاستثناء الموصول أن لا يقطع » . وفي ح : « ثم الاستثناء

الموصول أن لا يقع التكلم » .

(٦) « آخر » من ا و ب و ح .

(٧) في ا و ب و ح : « فأما إذا » .

(٨) في ح : « بالنفس » .

(٩) « لا » ليست في ح .

ولو حرك لسانه بالاستثناء و^(١) أتي بحروفه على الوجه ، لكنه لم^(٢) يسمع ، يكون استثناء ، لأن هذا كلام ، وليس الشرط^(٣) هو السماع : ألا ترى أن الأصم يصح استثناءؤه ، وإن لم يسمع هو^(٤) .
ولو قدم الاستثناء . فقال « إن شاء الله فأنت^(٥) طالق »^(٦) : يصح استثناءؤه^(٧) ، بالإجماع .

فأما إذا قال « إن شاء الله أنت طالق » : يصح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد : لا يصح - هو يقول : هذا استثناء منقطع^(٨) ، وهما يقولان : إن الفاء ههنا مضر^(٩) ، بدلالة الاستثناء .

ولو قال « أنت طالق إن شاء فلان » : فهو معلق بمشيئته : فإن شاء في مجلس العلم : يقع .

وإن علق^(١٠) بمشيئة من لا تعلم مشيئته ، من العباد ، مثل الملائكة والجن والشياطين : فإنه يصح الاستثناء ، حتى لا يقع الطلاق - كما إذا قال :

(١) في ح : « أو » .

(٢) في ح : « لا » .

(٣) زاد هنا في ح : « له »

(٤) « هو » ليست في ح .

(٥) في ح : « أنت » .

(٦) زاد هنا في ح : « أو قال : وأنت طالق » . وزاد في ب و ا : « أو قال : أنت طالق » .

(٧) « استثناءؤه » ليست في ا و ب و ح .

(٨) في ا و ب و ح : « ... وأبي يوسف . وقال محمد : هذا استثناء منقطع » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مضمين » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تاق » .

« أنت طالق إن شاء الله »^(١)، لأنه لا يعلم^(٢).
 و لو قال « أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو اثنتين »^(٣) : يصح الاستثناء،
 لأن هذا استثناء البعض من^(٤) الجملة ، فيكون تكلماً بالباقي .
 و لو قال « أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً » : يقع الثلاث ، ويبطل الاستثناء،
 لأنه استثنى الكل^(٥) .

و لو قال « أنت طالق عشرة »^(٦) إلا تسماً : تقع واحدة . وإن قال « إلا ثمانية » : تقع ثنتان . وإن قال « إلا سبعا » : يقع ثلاثاً ، وكذا لو نقص
 عن السبع ، يكون ثلاثاً . لأنه تكلم بالباقي^(٧) ، كأنه قال « أنت طالق
 واحدة ، فتقع واحدة »^(٨) . أو قال « أنت طالق ستاً ، فيقع ثلاثاً .

والفصل الآخر^(٩)

إذا قال^(١٠) « أنت طالق نصف أطلقة أو ربع أطلقة » : تقع واحدة ،

-
- (١) « حتى لا يقع ... الله » من أ و ح .
 (٢) العبارة في ب : « فإنه يصح الاستثناء لأنه لا يعلم ، فكان كالأستثناء عشية الله تعالى » .
 (٣) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « اثنتين » .
 (٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عن » .
 (٥) « و لو قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ... الكل » ليست في ح .
 (٦) في ا و ح : « عشرة » .
 (٧) و (٨) « إن قال » من ا . وفي الأصل ب و ح : « تقع واحدة ، و : إلا ثمانية : يقع ثنتان . و : إلا سبعا » .
 (٩) « بالباقي » ليست في ا .
 (١٠) « واحدة » ليست في ب .
 (١١) « الآخر » من ا و ب و ح .
 (١٢) « إذا قال » من ح .

لأنَّ الطلاق لا يتجزأ ، فيشكامل .

ولو قال « أنت طالق نصفاً »^(١) ربع تطليقة ، يقع ثنتان .

ولو قال « نصف »^(٢) تطليقة وربعا « : يقع واحدة ، لأنه أضاف إلى الأول^(٣) .

ولو قال « نصفك طالق » أو « ربعك طالق » : يصح . لأنَّ الإضافة إلى الجزء الشائع^(٤) ، كالإضافة إلى الكل .

والحاصل أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع أو إلى جزء جامع : يقع ، بأن^(٥) كان ذلك الجزء يعبر به عن جميع البدن ، في الاستعمال ، نحو أن يقول « رأسك طالق » أو « فرجك »^(٦) أو « رقبتك » أو « وجهك » . فأما إذا أضاف الطلاق^(٧) إلى جزء لا يعبر به عن جميع البدن^(٨) بأن قال « يدك ، أو رجلك ، أو ظهرك ، أو بطنك - طالق » : فإنه لا يقع عندنا . وعند الشافعي : يقع - والمسألة معروفة .

. . .

(١) في ا و ب : « نصف وربيع » وفي ح : « نصف ربع » . انظر ما قبله .

(٢) « نصف » من ا و ب و ح .

(٣) في ا : « الأولى » .

(٤) في ا و ح : « والشائع » .

(٥) في ح : « ولأن » .

(٦) في ا و ح : « أو فرجك طالق » .

(٧) « الطلاق » من ب .

(٨) في ا و ب : « عن البدن عينا » .

والفصل الآخر (١)

طلاق المكره صحيح عندنا - خلافاً للشافعي (٢).
وكذلك طلاق السكران : واقع ، سواء سكر بالخمّر أو بالنبيذ .
وعلى أحد قولي الشافعي : لا يقع - وهو (٣) اختيار الطحاوي (٤) .
وأجمعوا أنّه (٥) إذا شرب البنج (٦) أو الدواء (٧) ، فسكر وزال عقله ،
فطلاق : لا يقع .

والصحيح قولنا : لأنّه زال العقل بسبب هو مصيبة ، لتلذذه بذلك ،
فيجعل قائماً ، عقوبة عليه ، بخلاف شرب الدواء - ولهذا قالوا : إن المكره على
شرب الخمر (٨) ، أو المضطر ، إذا شرب ، فسكر : فإن طلاقه لا يقع ، لأن هذا

(١) « الآخر » من ا و ب و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وعنده : لا » .

(٣) في ح : « وهذا »

(٤) قال الطحاوي في مختصره في كتاب الطلاق (ص ١٩١) : « وطلاق المكره لازم له كطلاق من سواء ممن ليس بمكره . وطلاق من لم يبلغ الحلم باطل . وطلاق المجنون . كذلك وطلاق السكران جائز عليه » ونقل الماشر عن شرحه في كذا - المرتد (الماءش ١ ص ٢٦٠) أنّه روى عن أبي يوسف أن طلاق السكران « واقع إلا على قول عثمان رضي الله عنه فإن طلاقه لا يقع للمجنون . وذكر الطحاوي قول نفسه مع عثمان » وقال الطحاوي في كتاب الأشرطة من مختصره (ص ٢٨٠ - ٢٨١) : « وطلاق السكران وعناقه وأفئاله كآها وأقواله كأعمال الصحيح إلا الردة ... [قال أبو جعفر : السكران عندي في أحكامه كالمجنون ، وبه تأخذ] » قيل : وما اختاره الطحاوي قول الإمام زفر ومحمد بن سلمة وهو مختار الكرخي (راجع مختصر الطحاوي في المواضع المشار إليها فيما تقدم) .

(٥) « أنّه » من ا و ب و ح .

(٦) في المغرب : « البنج تـربـنك ، وهو نبات له حب يسكر ، وقيل يـسـبـت (أي يقطع) ورقه وقتـره وزره » وفي القانون : هو سم يخالط العقل ويضل الذكر ، ويحدث حنوطاً وخافاً ، وإنما قال الكرخي « ولو شرب البنج » لأنّه يمزج بالماء ، أو على اصطلاح الأطباء .

(٧) في ب : « أو الدواء الذي يسكر » . وفي ا : « والدواء » .

(٨) « الخمر » ليست في ح .

ليس بمعصية. وبعض المشايخ قالوا: يقع، لأنه حصل بسبب له فيه لذة. وعن محمد أن من شرب النبيذ، فلم يزل عقله، فصدع، وزال عقله بسبب الصداع، فطلق امرأته - قال^(١): لا يقع.

وعلى هذا - طلاق الهازل، وطلاق الخطيء: واقع، وهو أن يريد الرجل غير الطلاق. فسبق على^(٢) لسانه الطلاق والعناق. وذكر الكرخي أن في العناق: عن أبي حنيفة روايتان^(٣).

فصل آخر^(٤)

لا خلاف أن تنجيز الطلاق لا يصح إلا في الملك. فأما التعليق في الملك: فصحيح، بالإجماع، بأن قال لامرأته «إن دخلت الدار فأنت طالق».

وأما التعليق بالملك^(٥). بأن قال لأجنبية^(٦): «إن تزوجتك فأنت طالق»: فإنه^(٧) يصح عندنا، وعند الشافعي: لا يصح. وكذلك إذا قال: «كل امرأة أتزوجها فهي طالق».

وقال مالك: إن عم: لا يجوز، وإن خص: جاز.

(١) «قال» ليست في أ و ح.

(٢) «على» ليست في ح.

(٣) زاد في أ و ب هنا: «والله أعلم».

(٤) «آخر» ليست في أ و ح.

(٥) في أ و ب وح: «فأما التعليق في غير الملك».

(٦) «لأجنبية» من ب و أ.

(٧) «فإنه» من أ و ح.

والصحيح قولنا، لأن تعليق الطلاق^(١) ليس بطلاق للحال^(٢)، وإنما هو إيقاع الطلاق عند وجود الشرط . وملك النكاح قائم ، في ذلك الوقت ، فيصح .

ثم إذا علق الطلاق في النكاح ، ثم وجد الشرط : <ف> ان كانت منكوحة ، يقع الطلاق ، وتنحل اليمين . وإن كانت مبانة ، وهي في العدة ، عند الشرط^(٣) - يقع الطلاق أيضا عندنا . لأن المبانة والمختلعة ياحقها صريح^(٤) الطلاق . عندنا . وإذا انقضت عدتها^(٥) ، فوجد الشرط : تنحل اليمين ، لا إلى الجزاء^(٦) .

ولو علق ثلاث تطليقات في الملك ، ثم طلقها ثلاثا : يبطل التعليق ، عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر : لا يبطل - حتى لو تزوجت بزواج آخر ، وعادت إليه ، بعد إصابة الزوج الثاني^(٧) وطلاقه ، ثم وجد الشرط : لا يقع^(٨) شيء . عندنا - خلافا له .

ولو طلقها واحدة أو اثنتين . فتزوجت بزواج آخر ، فوطئها و^(٩) عادت إليه ، فوجد الشرط : فإنه يقع ثلاث تطليقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١) في ب : « لأن التعليق بالطلاق » .

(٢) « للحال » ليست في أ و ب و ح .

(٣) « عند الشرط » ليست في ح . و « يقع الطلاق وتنحل اليمين . . . عند الشرط » ليست في أ .

(٤) « صريح » ليست في أ و ب و ح .

(٥) في ح : « ولأن انقضت العدة » .

(٦) في ب : « جزاء » .

(٧) « الثاني » من أ و ب و ح .

(٨) « يقع » من أ و ب و ح .

(٩) في ب : « أو » .

وعند محمد: يقع، بقدر ما بقى من الطلاق المملوك بالانسكاح الاول. ولقب
المسألة أن إصابة الزوج الثاني هل تهدم الطلقة و^(١) الطلقتين أم لا ؟
والمسألة معروفة .

فصل آخر

إذا قال لامرأته « أنت على حوام » أو قال : « حرمتك على نفسى »
أو « أنت محرمة على » : يرجع الى نيته :

<ف> إن أراد به الطلاق: يقع بائنا ، على ما ذكرنا .

وإن نوى التحريم ولم ينو الطلاق، أو^(٢) لم يكن له نية: فهو يمين، ويصير مولى .
وإن قال: أردت به الكذب: فليس يمين^(٣)، فيما بينه وبين الله تعالى،
ويصدق فى^(٤) ذلك ، لأن الخبر محتمل ، ولكن لا يصدق فى إبطال
اليمين^(٥) ، فى القضاء ، لأن هذا اللفظ صريح ، فى اليمين ، شرعا .
ولو نوى بالحرام^(٦) الظهار : فهو ظهار عند أبى حنيفة وأبى يوسف .
وعند محمد : هو إيلاء ، وليس بظهار .

وأما إذا قال ذلك فى غير المرأة، من الطعام والشراب وكلام فلان:
فإنه يكون يمينا عندنا ، خلافا للشافعى - ولقب المسألة أن تحريم الحلال

(١) فى ب : « أو » .

(٢) فى ح : « و » .

(٣) فى ا و ب و ح : « فليس يمين » .

(٤) فى ح : « على » .

(٥) « اليمين » ليست فى ح -

(٦) فى ح : « بالتحريم » .

يعين أم لا؟ فإذا فعل شيئاً مما حرمه، قليلاً كان أو كثيراً، بحث في عيِّنه.

فأما إذ قال « كل حل على حوام » أو قال « حل »^(١) الله على حرام ، ولا نية له : فإنه يقع على الطعام والشراب خاصة ، لأن هذا لا يمكن العمل بعمومه ، لأنه لا يراد به في العرف التنفس^(٢) وفتح العينين والتحرك ، فيقع على الحلال المعتاد، وهو الأكل والشرب . فإن نوى مع ذلك اللباس أو امرأته ، يقع على الأكل والشرب واللباس والمرأة^(٣)، فأى شيء فعل من ذلك وحده: بحث في عيِّنه . ويلزمه الكفارة ، لأن الطعام والشراب دخلاً بحكم العادة، واللباس^(٤) والمرأة نيته، واللفظ صالح له، فيصح . فإن نوى بقوله « كل حل »^(٥) على حرام شيئاً بعينه، دون غيره : فإن^(٦) نوى به الطعام خاصة ، أو الشراب خاصة، أو اللباس^(٧) خاصة، أو امرأته خاصة^(٨)، فهو على ما نوى، فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي القضاء^(٩) ، لأن هذا يقع على أخص^(١٠) الخصوص، لتعذر العمل بعمومه، فإذا عين ذلك :

(١) في ح : « حلال » .

(٢) في ح : « النفس » . وفي ا : « والتنفس » . وفي ب : « لا يراد به العموم في العرف وهو التنفس » .

(٣) في ح : « فإن نوى مع ذلك الناس والمرأة : فيقع على الأكل والشرب والناس والمرأة » .

(٤) في ح كذا : « والناس » .

(٥) في ح : « حلال » .

(٦) « فإن » ليست في ا . وفي ح : « غيره مثل أن » .

(٧) في ح كذا : « الناس » .

(٨) « أو اللباس خاصة أو امرأته خاصة » من ا و ب و ح .

(٩) « فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء » ليست في ا و ب، وفيها بدلاً عنها : « في قوله

كل حل على حرام » .

(١٠) « أخص » ليست في ح .

صح ، إذ التخصيص ترك العمل بالعموم ، وهذا متروك .
ثم في الموضع الذى يدخل امرأته والطعام والشراب فى قوله « كل
حل على حرام » ونوى ^(١) الطلاق فى امرأته ، فإنه لا يحنث ، لأنه
لا يمكن العمل بعمومه ^(٢) ، لأن هذا كلام واحد لا يتناول اليمين
والطلاق جميعاً ^(٣) .

. . .

ولو قال « أنت على كالميتة والدم » أو « كلحم الخنزير » أو « كالخمر » :
« > إن ^(٤) أراد به الكذب : صدق . لأنه ليس بصريح فى اليمين ،
بخلاف قوله « أنت على حرام » .

وإن أراد به التحريم : فهو إيلاء .
وإن نوى الطلاق : فهو كقوله « أنت على حرام ^(٥) » ، لأنه شبهها
بالحرم ، فكأنه قال « أنت على حرام » - وبمثله لو قال « أنت على كمال فلان »
ونوى به الطلاق : لا يصح ، لأن عين المال ليس بحرام .

(١) العبارة فى : « ثم فى الموضع الذى يدخل امرأته والطعام والشراب يصدق مباحين وبين الله تعالى
وفى القضاء ولو نوى .. » . وفى ب : « ... والشراب فى قوله « كل حل على حرام » فيما بينه
وبين الله تعالى وفى القضاء ونوى » . وفى ا : « ... والشراب ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
وفى القضاء ينوى الطلاق » ، وظاهر أنه زيدت فى هذه النسخ عبارة « يصدق فيما بينه وبين الله
تعالى وفى القضاء » .

(٢) « لأنه ... بعمومه » من ب .

(٣) زاد هنا فى ب : « بأكل الطعام والشراب » .

(٤) « إن » من ا و ب و ح . وفى الاصل : « لذا » .

(٥) « ولأن أراد به التحريم ... أنت على حرام » ليست فى ح .

باب

الخلع

الخلع ^(١) طلاق عندنا .

وقال الشافعي : هو فسخ ، في أحد القولين .

ولهذا قلنا ^(٢) : إن من قال لامرأته « خالعتك » ، ولم يذكر العوض ، ونوى الطلاق : كان طلاقاً بائناً . ولو نوى الثلاث : صح ، لأنه من كنيات الطلاق ، إلا أنه في عرف الشرع ، عند الناس ^(٣) ، صار عبارة عن الطلاق بعوض ، فيصير حقيقة عرفية ، حتى ينصرف إليه مطلق ^(٤) الكلام ، حتى إن الرجل إذا قال لغيره « اخلع امرأتى » فخلعها ، بغير عوض : لا يصح ، ويكون موقوفاً على إجازة الزوج : فإن أجاز : يكون طلاقاً بائناً .

وقالوا : لو قال لامرأته « اخلعى نفسك » فقالت « خلعت نفسي بألف درهم » وقف على إجازة الزوج .

ولهذا قالوا ^(٥) : إن من قال لامرأته ^(٦) « خالعتك على ألف درهم » ^(٧) ،

(١) في ح : « مال رجه الله : الخلع » .

(٢) في ا و ب و ح : « ولهذا قال أصحابنا » .

(٣) « عند الناس » من ا و ب و ح .

(٤) في ح : « بمطلق » .

(٥) « قالوا » من ا و ب و ح .

(٦) « لامرأته » من ا و ب و ح .

(٧) « درهم » من ب و ا . وفي ح : « خالعتك على ألف » .

فقبلت ، وقال الزوج « لم أنو به الطلاق » : لم يصدق ، لأنه إنما يكون كناية عند خلوه عن المال ، فلا بد من النية ، فأما إذا كان على مال ، فلا حاجة إلى النية ^(١) .

ثم الخلع على المال يفتقر إلى الإيجاب والقبول ، حتى تقع به الفارقة ، ويستحق به ^(٢) الزوج العوض عليها - إلا أنه ، في جانب الزوج ، في معنى اليمين ، وفي جانبها : في معنى المعاوضة - حتى إن الزوج إذا قال « خالعتك على ألف درهم » : لم ^(٣) يصح رجوعه عن ذلك ، ولم يبطل بقيامه عن المجلس ، قبل قبولها ، ولم يقف ^(٤) على حضرتها المجلس ^(٥) ، بل يجوز وإن كانت غائبة ، فإذا بلغها الخبر : فلها القبول ، في مجلسها .

ويجوز أن يعلق ذلك بشرط أو بوقت ^(٦) ، فيقول « إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم ^(٧) » و « إذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم ^(٨) » ، والقبول إليها بعد مجيء الوقت ^(٩) ، وقدم زيد ، فإن قبلت ، قبل ذلك : لم يجز .

(١) في ب : « لم أنو به الطلاق : لا يصدق ، لأن ذكر العوض دلالة الطلاق - حتى إذا قال خالعتك ولم يذكر المال ، فقال « لم أنو به الطلاق » ، يصدق ، لأنه كناية عن الطلاق عند خلوه من المال فلا بد من النية » . وفي ا و ح مثل ما في ب مع خلاف اقضى يسير .
(٢) « به » من ح .

(٣) « لم » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا » .

(٤) في ب : « ولم يتوقف » .

(٥) في ا و ب و ح : « حضورها في المجلس » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وقت » .

(٧) « درهم » من ا .

(٨) « درهم » من ح .

(٩) في ا و ب : « الغد » .

فأما إذا ابتدأت المرأة ، فقالت « خالمت »^(١) نفسي منك بألف درهم ، فهو بمنزلة البيع في جانبها ، حتى يصح منها الرجوع عنه^(٢) . قبل قبول الزوج ، ويبطل بقيامها عن المجلس ، وبقيامه أيضا ، ولا يقف على غائب ، ولا يجوز تمليقه بشرط ، ولا بوقت ، كالبيع سواء .
وعلى هذا الأصل : قال أبو حنيفة : إذا خالمتها وشرطت لنفسها^(٣) الخيار : جاز ، خلافا لها .

. . .

وإذا ثبت تفسير الخلع شرعا - فنقول :

لا يخاو : إما أن يخالمتها على مثل العوض الذي أخذت ، أو أقل . أو أكثر ، والنشوز والكره من قبل الزوج أو من قبل المرأة - فنقول :
إن كان النشوز من جهة الزوج ، فلا يحل له أن يأخذ شيئا منها ، بل له أن يطلقها ، بلا عوض . لقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » (الآية)^(٤) .
وإن كان النشوز من جهتها ، يجوز له^(٥) أن يأخذ منها جميع

(١) في ا و ب و ح : خلعت .

(٢) في ح : « فيه » .

(٣) في ا و ب : « فشرطت لنفسها » . وفي ح : « وشرطت لنفسه » .

(٤) النساء : ٢٠-٢١ : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » ، تأخذونه بهتانا ولأنا ميئنا . وكيف تأخذونه وقد أفنى بضعكم إلى بضع وأخذن منكم ميثاقا غليظا » .

(٥) « له » من ا و ب و ح .

ما استحققت^(١) عليه، بالعقد، ولا تحل له^(٢) الزيادة. على ذلك، في ظاهر الرواية. وفي رواية: يحل له^(٣) أخذ الزيادة - وهذا في حق الديانة والنزء^(٤). فأما في الحكم: < ف > إذا تخالفا^(٥) على الزيادة من المهر، فإنه يلزم وتؤمر بالاداء إليه.

ثم الخلع جائز بكل بدل يصلح مهرا، ويلزم المرأة أدائه إلى الزوج. وما ذكرنا في المهر، أن الزوج فيه بالخيار: بين أن يعطى عنه أو قيمته، ففي الخلع: المرأة بالخيار^(٦). كما في العبد الوسط ونحوه،

وكل مالا يجوز أن يكون مهرا، لحرمة^(٧)، كالخمر والخنزير والميتة والدم والحر^(٨): لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع. لكن إذا قبل الزوج ذلك في الخلع: تنفع الفرقة بينهما، ولا^(٩) شيء على المرأة من الخلع^(١٠)، ولا يجب عليها أن ترد من مهرها شيئا. لأن هذه الأشياء لا تصلح عوضا، في حق المسلمين، والزوج رضى بما لا قيمة له، والبضع، في حال الخروج عن ملكه، لا قيمة له، حتى تجب القيمة، فلا يرجع عليها بشيء^(١١).

(١) في ا و ب: « ما استحققت » .

(٢) و (٣) « له » من ح .

(٤) في ح: « في حق الزيادة والكثرة » .

(٥) في ب: « خالفا » .

(٦) « بين أن يعطى .. بالخيار » ليست في ح . وراجع فيما تقدم ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

(٧) « لحرمة » من ا و ب و ح .

(٨) « والحر » من ا و ب . وراجع فيما تقدم ص ٢٠١ وما بعدها وخصوصا ص ٢٠٣ .

(٩) في ب: « فلا » .

(١٠) في ا و ح: « الجبل » .

(١١) في ح: « فلا يجب عليها شيء » .

بخلاف التكاح : فإن ثمة يجب مهر المثل ، لأن البضع متقوم في حال الدخول في ملك الزوج .

. . .

ثم الطلاق على المال ، والخلع . في الأحكام - سواء ، إلا في فصل واحد ، وهو أن الخلع متى وقع على عوض ، لا قيمة له : لا يجب العوض ، ولا قيمة البضع ، ويكون^(١) الطلاق بائنا . لأن الخلع من كنايات الطلاق . وأما الطلاق بعوض : لا قيمة له : إذا بطل العوض ، فالطلاق^(٢) يكون رجعيا ، لأن صريح الطلاق يكون رجعيا^(٣) . وإنما ثبتت البيونة لأجل العوض ، فإذا بطل العوض^(٤) ، بقي مجرد صريح الطلاق ، فيكون رجعيا .

. . .

ولو خالها على حكمها ، أو حكمه ، أو حكم أجنبي - فنقول : إن الخلع على الحكم ، خلع^(٥) بتسمية فاسدة ، لما فيه من الجهالة الفاحشة ، والخطر ، فيجب الرجوع إلى مهرها المستحق بالعقد .

ثم إن كان الخلع على حكم الزوج : فإن حكم بمقدار المهر أو أقل : أجزرت على التسليم إلى الزوج ، لأنه حكم بالمستحق . أو حط بعضه ،

(١) في : « لكون » . وفي ا : « ولا قيمة العوض يكون » .

(٢) في : « والطلاق » .

(٣) « لأن ... رجعيا » من ا و ب و ح .

(٤) « العوض » من ح .

(٥) « خلع » من ا و ب . وفي ح : « على الحكم جعل تسمية فاسدة » .

وهو يملك حط بعضه، لكونه حقا له. وإن حكم بأكثر من المهر: لم يلزمها الزيادة. لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد، فلا يصح إلا برضاها^(١).

وأما إذا كان الحكم إليها: فإن حكمت بمهر المثل أو أكثر: جاز، وأجبر الزوج على القبول، لأنها قضت بالمستحق^(٢)، أو زادت عليه، وهي تملك^(٣) إيفاء الزيادة^(٤). وإن حكمت بأقل من المهر: لم يجوز، إلا برضا الزوج، لأنها حطت بعض ما عليها حقا للزوج، وهي لا تملك حط حق^(٥) الغير.

فأما إذا كان الحكم إلى أجنبي: فإن حكم بمهر المثل: جاز. وإن حكم بزيادة أو نقصان: لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة، ولا يجوز^(٦) النقصان إلا برضا الزوج، لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق واحد منهما^(٧).

(١) في ح: « فلا يستحق إلا برضاء ».

(٢) في ب: « لأنها اقتضت على المستحق ».

(٣) في ب: « وهو يملك ».

(٤) في ح: « قضت بالمستحق وزادت هي يملك إيفاء الزيادة عليه أيضا ».

(٥) « حق » ليست في ب: ❧.

(٦) « لا يجوز » من أ.

(٧) زاد في أ و ب: « والله تعالى أعلم ».

باب

اليمين

يحتاج^(١) في الباب إلى :

تفسير الإيلاء لغة وشرعا ،

وإلى بيان حكم البر في الإيلاء ،

وإلى بيان الفیء وحكم الخث .

أما الأول^(٢)

فالإيلاء في اللغة : اليمين .

وفي الشرع^(٣) عبارة عن اليمين على ترك الوطء في الزوجة^(٤) ، مدة

مخصوصة ، بحيث لا يمكنه^(٥) الوطء إلا بحث يلزمه بسبب اليمين^(٦) .

وقد كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية^(٧) ، فجعله^(٨) الشرع طلاقا معلقا ،

بترك وطء الزوجة^(٩) ، مدة مخصوصة^(١٠) ، كأن الزوج قال لامرأته الحرة :

(١) في الأصل : « قال : يحتاج » . وفي ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « أما الأول » من أ و ح . وفي ب : « أما الإيلاء »

(٣) زاد هنا في أ و ب و ح : « صار » .

(٤) في ب : « ترك الوطء من الزوج مدة ... النع » .

(٥) الهاء من أ و ح . انظر الهامش التالي

(٦) « بحيث لا يمكنه الوطء ... اليمين » ليست في ب . انظر الهامش ١٠ .

(٧) في ح : « في الجاهلات » .

(٨) كذا في ح و ب . وفي الأصل و أ : « فجعلها » .

(٩) في أ و ب و ح : « الزوج » .

(١٠) زاد هنا في ب : « بحيث لا يمكنه الوطء إلا بحث يلزمه بسبب اليمين » ، راجع الهامش ٦ .

« إن لم ^(١) أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن » ولا مرأته الأئمة : « إن لم ^(٢) أقربك شهرين فأنت طالق بائن ^(٣) » .

وركن ^(٤) الأيلاء شرعا - هو اللفظ الدال على ترك الوطء . في عرف الشرع . مؤكدا ^(٥) باليمين ، وهو قوله « والله لا أقربك » أو « لا أطأك ، أو لفظة ^(٦) المباضاة والمناحكة والائتيان والايصابة ونحوها .

فإن كان < اللفظ > مستعملا في الوطء . فلا يحتاج إلى النية ^(٧) . ولو أتى بلفظ محتمل ، يحتاج فيه إلى نية الزوج ^(٨) < ترك > الوطء بذلك . فأما المدة - فهي أربعة أشهر في حق الحرية ، وشهران في حق الأئمة - عندنا . وعند الشافعي : المدة في حقهما سواء ، وهي ^(٩) زيادة على أربعة أشهر . والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر » ^(١٠) ، فلا ^(١١) تجوز الزيادة على المدة المنصوصة ^(١٢) .

وأما تفسير اليمين - < فهي ^(١٣) اليمين بالله ، وبصفاته ^(١٤) ، على ما نذكر

(١) و (٢) « لم » ليست في أ -

(٣) « بائن » ليست في ح - . وسيأتي بعد قليل بيان المدة في حق الحرية والأئمة .

(٤) في أ وب و ح : « فركن » . (٥) في ح : « مؤكدا » .

(٦) في ح : « بلفظ » . (٧) « فإن كان ... نية » من ب -

(٨) زاد هنا في أ : « مؤكدا باليمين » . وفي ح : « مؤكدا باليمين » .

(٩) كذا في ح - . وفي الأصل و أ وب : « وهو » .

(١٠) البقرة : ٢٢٦ - ٢٢٧ : « للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله

غفور رحيم . وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » .

(١١) في أ وب و ح : « ولا » .

(١٢) كذا في أ وب و ح - . وفي الأصل : « المنصوصة » .

(١٣) في أ وب : « وهي » . (١٤) في أ وب و ح : « وصفاته » .

في كتاب الایمان، أو^(١) اليمين بالشرط والجزاء ، وذلك نوعان: ما يكون به موليا ، وما لا يكون به موليا .

أما الذي يكون به موليا: <ف> أن يقول: «إن^(٢) قربك فعبدي حر، أو امرأتی طالق^(٣)، أو هي على^(٤) كظهر أمي، أو على صدقة، أو حج البيت، أو صيام سنة»، ونحو ذلك - لأنه لا يتوصل إلى الوطء، في هذه المدة، إلا بشئ^(٥) يلزمه، بحكم اليمين ، كما يلزمه الكفارة بسبب اليمين بالله . ولو قال «إن قربك فعلى أن أصلي ركعتين أو على أن أغزو» لم يكن موليا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ويكون موليا عند محمد وزفر .

ولو قال الرجل لامرأته «أنا منك مولى»: فإن عني به الخبر، كذبا، فليس بمولى ، فيما بينه وبين الله، لأن لفظه لفظة^(٦) الخبر، ولا^(٧) يصدق في القضاء ، لأنه خلاف الظاهر ، لأن هذا إيجاب في الشرع . وإن عني به الإيجاب: فهو مولى في القضاء^(٨) فيما بينه وبين الله ، لأنه أوجب الإيلاء بهذا اللفظ .

ولو قال لامرأته «أنت على مثل امرأة فلان»، وقد كان فلان آلى من امرأته: فإن نوى به^(٩) الإيلاء: كان موليا ، لأنه شبهها بهافي باب

(٢) «إن» ليست في ح .

(٤) «على» من ب .

(٦) في اوب و ح: «لفظ» .

(٨) «و» ليست في اوب و ح .

(١) فب و ح: «و» .

(٣) في اوب و ح: «أو فلانة طالق» .

(٥) في اوب و ح: «بمعنى» .

(٧) فب و ح: «فلا» .

(٩) «به» ليست في اوب و ح .

اليمين، والتشبيه يقتضى المساواة فيما شبه به . وإن لم ينو اليمين ولا التحريم : لا يكون موليا ، لأنه قصد التشبيه من وجه .

وأما بيان حكم البر

« ف » هو وقوع الطلاق البائن بسبب ^(١) . الإصرار ^(٢) على موجب هذا اليمين ، وهو الامتناع عن الوطء أربعة أشهر ، بحيث لا يتوصل إليه إلا بمحنت يلزمه ، فيكون مؤكدا له فى الامتناع ^(٣) ، خوفا ^(٤) عن لزوم الحنث . وفى الوطء حق المرأة ، فصار الزوج ظلما لمنع ^(٥) حقها المستحق ، فالشرع ^(٦) جعل الامتناع عن إيفاء حقها المستحق لها ^(٧) ، فى هذه المدة ، سببا للينونة ، تخلصا ^(٨) لها من حباته ، لتوصل ^(٩) إلى حقها ، من جهة غيره ، وهذا معنى قوله تعالى : « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » ^(١٠) . فسماء عزيمة الطلاق ^(١١) ، وهو فعل الزوج ، فيصير الزوج ، بالإصرار على موجب هذا اليمين . معلقا طلاقا بائنا ، بترك الوطء أربعة أشهر بعد اليمين ،

(١) « البائن » ليست فى ح ، وفيها : « الطلاق وسبب » .

(٢) فى ب : « الإقدام » .

(٣) فى ح : « فى حال الامتناع » .

(٤) « خوفا » ليست فى ح .

(٥) فى ا و ب ح : « بمنع » .

(٦) فى ح : « بالشرع » .

(٧) « لها » من ا و ب و ح .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « تخلصا »

(٩) فى ب : « فتوصل » وفى ح : « وتصل » .

(١٠) البقرة : ٢٢٧ . وقد تقدمت فى الهامش ١٠ س ٣٠٦ .

(١١) فى ا و ب و ح : « كالطلاق » .

أبدا . كأنه قال « أنت طالق بائن عند مضي كل أربعة أشهر ، لا أقربك فيها » أو ^(١) « إن لم أقربك كل أربعة أشهر ، ما بقى اليمين ، فأنت طالق بائن » .

إذا ثبت هذا ، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين ولم يفعلها ^(٢) : تقع تطليقة بائنة - عندنا .

وعند الشافعي : يخير الزوج بين أن يطأها وبين أن يطلقها ، فإن لم يفعل : يفرق القاضي بينهما .

فإذا وقعت تطليقة بائنة بمضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر ^(٣) أخرى ، وهي في المدة : لم يقع الطلاق ، لأنها ^(٤) بائنة ، فلا تستحق ^(٥) الوطء على الزوج ، فلا يكون الامتناع عن الوطء في هذه الحالة ظلما ، وبهذا الوصف صار الإصرار على موجب البر ، وهو ترك الوطء ، سيدا للفرقة ، فإن تزوجها بعد مضي الأربعة الأشهر ، ثم مضت أربعة أشهر منذ تزوج ، ولم يقربها ^(٦) : بانت بأخرى ^(٧) .

(١) الهزلة من ا و ب .

(٢) في ا و ح : « ولم يقربها » . وفي ب لا توجد : « ما بقى اليمين فأنت طالق بائن ... بفئها » .

(٣) « ثم مضت أربعة أشهر » ليست في ح .

(٤) « لأنها » ساقطة من ح .

(٥) في ا و ب وح : « مبانة لا تستحق » .

(٦) « ولم يقربها » من ب .

(٧) كذا في ا و ب وح . وفي الأصل : « أخرى » .

وكذلك إذا تزوجها^(١) ثالثة ، لأن بالتزويج عاد حقها في الوطء ،
و^(٢) اليمين باقية ، لأنها تنحل بالحنث ، وهو الوطء . أما زوال^(٣) الملك
> فـ لا^(٤) يبطل اليمين ، فيكون ترك النفي ظلما ، فيكون سببا للفرقة ،
فإن تزوجها بعد وقوع ثلاث تطليقات ، فضت أربعة أشهر لم يطأها ، لم
يقع عليها شيء ، عندنا ، خلافا لـ زفر^(٥) ، لأنه زال حل المحلّة فيبطل
اليمين^(٦) .

ولو آلى منها ثم أبانها ، فضت أربعة أشهر لم يطأها^(٧) ، وهي في العدة ،
وقعت أخرى بالإيلاء ، لأن ابتداء الإيلاء قد انعقد موجبا للطلاق ،
لوجوده في الملك ، فإذا أبانها ، فالينونة تلحقها^(٨) بعقد سابق ، وإن كان
لا^(٩) يلحقها ابتداء ، عندنا ، خلافا لـ زفر : فإن من قال لامرأته « إن دخلت
الدار فأنت طالق بائن » ثم أبانها ، ثم دخلت الدار^(١٠) ، وهي في العدة ،
فإنه يقع بائنا^(١١) ، لما قلنا .

. . .

(١) « تزوجها » ليست في ح .

(٢) في ب و ح : « لكون » .

(٣) في ب : « أما إذا زال » وفي ا : « فإذا زال » .

(٤) « لا » ليست في ا .

(٥) « لزفر » ليست في ا .

(٦) في ح : « زال حل محلّة اليمين » .

(٧) « لم يطأها » من ا و ح .

(٨) « تلحقها » ليست في ا .

(٩) « لا » ليست في ح .

(١٠) « الدار » ليست في ب .

(١١) في ب و ح : « ثانيا » .

وأما تفسير الفىء ، وحكم الحذف - فنقول :

الفىء هو الوطء . فى مدة الإيلاء ، مع القدرة - عندنا .
وعند الشافعى : الوطء ^(١) بعد المدة ^(٢) .

والصحيح قولنا : لأن الله تعالى قال : « للذين يؤولون من نسائهم
تربص أربعة أشهر فإن فاءوا (الآية) » ^(٣) و ^(٤) فى قراءة عبد الله بن مسعود
« فإن فاءوا فيهن » . وإنما سمي الوطء فيثا لأن الفىء فى اللغة هو الرجوع :
يقال « فاء الظل » إذا رجع ، والمولى قصد بالإيلاء منع حقها فى الوطء ،
فيكون الوطء رجوعاً عما قصده ، فسمى فيثا .

ثم الفىء على ضربين :

أحدهما هو الأصل ، وهو الفىء بالوطء ، مع القدرة .
والآخر ، بدل عن الأول ^(٥) ، وهو الفىء بالقول . عند العجز
عن الوطء .

فقضى حق القادر لا يكون فيثا ^(٦) إلا بالوطء ، لأنه هو الأصل ،

(١) « الوطء » من ا و ب و ح .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « القدرة » .

(٣) البقرة ٢٢٦ وهى بتمامها : « للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا
فإن الله غفور رحيم » . وقد تقدمت فى المامتن ١٠ ص ٣٠٦ .

(٤) « و » من ب و ا .

(٥) فى ح : « عن الأصل » .

(٦) زاد فى ب هنا : « فى الإيلاء » .

وفي الحقيقة هو الرجوع^(١) ، لأن به يندفع الظلم^(٢) ، ويصل الحق إلى المستحق ، فلم يوف حقها لا يسقط حكم الإيلاء^(٣) ، وفي حق العاجز صار الفىء بالقول قائماً مقام الوطاء ، وهو أن يقول المرأة « إني فئت إليك » أو « راجعتك » أو « أبطلت الإيلاء » ويحسن إليها بالقول بدلاً عن الإحسان بالفعل^(٤) ، فيكون رجوعاً ، عما عزم عليه^(٥) ، بالقول . ثم العجز نوعان :

أحدهما^(٦) - من طريق المشاهدة : كالمرض الذي لا يمكن معه الجماع^(٧) ، من الجانبين^(٨) ، أو تكون المرأة صغيرة ، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء ، أو تكون المرأة ناشزة محتجة^(٩) عنه في مكان لا يعرفه ، أو تكون محبوسة لا يمكنه أن يدخل عليها^(١٠) ويمنع عن ذلك ، ونحو ذلك .

(١) في ا و ب و ح : « لأنه هو الأصل وهو حقيقة الرجوع » .

(٢) « الظلم » ساقطة من ح .

(٣) في ح : « فلم يرد حقها لا يثبت حكم حق الإيلاء » .

(٤) في ا و ب و ح : « ويحسن إليها بالقول عند العجز عن الإحسان بالفعل » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لديه » .

(٦) « أحدهما » من ب .

(٧) في ا و ب و ح : « الذي لا يقدر معه على الجماع » ولكن « على » ليست في ا .

(٨) في ح : « من جانبها » .

(٩) في ح : « غائبة » .

(١٠) في ب و ا : « أو يكون محبوساً لا يمكنها أن تدخل عليه » . وفي ح كذا : « ويكون محبوساً لا يمكنها أن يدخل عليه » .

- وأما العجز من طريق الحكم: < ف > مثل أن يكون محرماً أو صائماً في رمضان .

لكن العجز المعتبر ، في حق نقل النوى ، من الوطء إلى القول ، هو العجز الحسى ، دون الحكمى - عندنا .

وعند زفر: هو معتبر أيضاً ، وقاس على الخلوة : أن ثم يعتبر المانع الحسى والحكمى جميعاً^(١) .

ولكننا نقول: هو قادر على الوطء ، حقيقة ، فيصير ظلماً يمنع الحق ، وحق العباد لا يسقط لأجل حق الله في الجملة^(٢) .

فإذا أتى بالنوى ، من حيث القول ، سقط حكم الإيلاء ، إلى وقت القدرة . ثم من شرط صحة النوى ، بالقول ، عند العجز عن الوطء ، حساً ومشاهدة ، شيئان :

أحدهما - أن يكون العجز مستداماً^(٣) ، من وقت الإيلاء إلى تمام المدة ، وهو^(٤) أربعة أشهر ، حتى إنه إذا قدر على الوطء قبل تمام المدة ، بطل النوى بالقول ، وانتقل إلى النوى بالجماع^(٥) ، حتى لو ترك الوطء إلى تمام المدة ، فإنها تبين . وأما إذا تمت^(٦) المدة ثم قدر ، فإن النوى بالقول صحيح ،

(١) « جيبا » من ا و ب و ح .

(٢) « في الجملة » ليست في ح .

(٣) كذا في ا . وفى ح : « مستنداً » . وفى ب : « مستداماً » . وفى الأصل :

« مستداماً » .

(٤) « وهو » من ب .

(٥) كذا في ح . وفى ا و ب : « وانتقل إلى الجماع » . وفى الأصل : « وانتقل النوى إلى الجماع » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفى الأصل : « تم » .

في حق المدة الماضية ، وهذا لما ذكرنا أنه بدل ، والقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل تبطل حكمه ، وبعد حصول المقصود لا يبطل ، كالمصلى بالتيمم : إذا رأى الماء في وسط الصلاة تبطل صلاته ، ولو كان رأى بعد الفراغ لا تبطل الصلاة المؤداة - كذا هذا .

والشرط الثاني - أن يوجد الفى - ، بالقول ، في حال يحل له الوطء . بأن كانت زوجة له .

فأما إذا أبانها ثم فاء إليها باللسان : فإنه لا يصح ، لأنه بدل . فيصح في حال يصح الاصل .

ولهذا قالوا : إن من آلى ^(١) ، وهو صحيح ، مقدار ما يمكن الجماع فيه . ثم مرض : فقبضه بالجماع ، لأنه هو الذى فرط فى إيفاء حقها ، فلا يعذر ، بخلاف المريض إذا آلى من امرأته .

ولو آلى ^(٢) ، وهو مريض ، فلم يفىء ، بالقول ، حتى مضت المدة ، فبانت ^(٣) ، ثم صح ، ثم تزوجها ، وهو مريض ، ففاه إليها بلسانه : فإنه يصح عند أبي يوسف ، وعند محمد : لا يصح . وما قاله أبو يوسف أصح ، لأن الايلاء حصل ، وهو مريض ، وعاد حكمه ، وهو مريض ، وفى زمان الصحة بين المدين ^(٤) هى يائنة ، لا تستحق الوطء ، فلا يعود حكم الايلاء . وأما حكم الخنث في البين بالله تعالى :

< ف > هو ^(٥) الكفارة . و ^(٦) فى اليمين بالشرط والجزاء : يلزمه ما هو

(١) زاد هنا فى ب : « من امرأته » . (٢) « ولو آلى » ساقطة من ح .
(٣) إلغاء من اب و ح . (٤) فى ب : « وهو مريض فى زمان الصحة بين المرضين » .
(٥) فى ا و ح : « هى » . وفى ب : « هى » . (٦) « هو » ليست فى ب .

جزاؤه، من الطلاق والعتاق والظهار ونحوها .

هذا الذى ذكرنا فى حق المسلم . وأما الذمى إذا آلى من امرأته :
 < ف > إن حلف بطلاق أو عتاق ^(١) ، يكون مولياً ، بالاتفاق .
 وإذا حلف بما هو قرية ، كالصدقة والصيام ، فليس بمول بالاتفاق .
 فأما إذا حلف باسم من أسماء الله أو ^(٢) بصفاته : فهو مول عند أبى
 حنيفة . وعند أبى يوسف ومحمد ^(٣) : لا يكون مولياً .
 وإذا صح إيلاء الذمى : فهو فى أحكامه كالمسلم ، إلا أنه إذا وطئ فى
 اليمين بالله لا يلزمه الكفارة ، لأنها عبادة ، وهو ليس من أهلها .

فأما إذا آلى أو ظاهر ، ثم رجع عن الإسلام ، ولحق بدار الحرب ،
 ثم رجع مسلماً ، وتزوجها - فهو مول ، ومظاهر ، عند أبى حنيفة فى ^(٤)
 رواية محمد ، وقال أبو يوسف ^(٥) : يسقط ^(٦) الظهار والإيلاء - وهذا
 يعرف ^(٧) فى الخلافات . واختلفت رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة ^(٨) .

(١) فى ح : « بالطلاق والعتاق » .

(٢) « أو » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « و » .

(٣) « ومحمد » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « وفى » .

(٥) فى ب : « وقال أبو يوسف ومحمد » . وفى الكسانى (٣ : ١٧٥ : ٢٠ - ٢١)

كما فى المتن .

(٦) فى ا و ب : « بطل عنه » . وفى ح : « لا يصح منها » .

(٧) فى ا و ب : « وهذه تعرف » .

(٨) زاد فى ب و ا : « والله أعلم » .

باب الظهار

يحتاج^(١) في هذا الباب إلى :

بيان ركن الظهار شرعا ،

وإلى بيان شرائطه ،

وإلى بيان حكمه ،

وإلى تفسير^(٢) الكفارة .

أما ركن الظهار شرعا - > فنقول < :

أن يقول الرجل ازوجته « أنت على كظهر أمي » ، فيقع به الظهار ،
نوى أو لم ينو ، لأنه صريح في بابه .

وكذا إذا نوى به تحريم الطلاق ، أو تحريم اليمين : لا يصح^(٣) ، لما
قلنا إنه صريح في الظهار - فإذا نوى غيره : لا يصح . ولو قال أردت به الخبر
عن الماضي ، كاذبا ، لا يصدق في القضاء ، ويصدق فيما بينه وبين الله^(٤) .
وكذا إذا أضاف الظهار إلى جزء شائع ، أو جامع ، من امرأته .

(١) في - « قال رحمه الله : يحتاج » . وفي الأصل : « قال : يحتاج » .

(٢) في - « وللى بيان أحكامه - وإلى بيان تفسير » .

(٣) « لا يصح » من ب .

(٤) زاد هنا في ب : « وكذا إذا قال لها « أنا منك مظاهر » أو « ظاهرتك » كما إذا
قال في الطلاق « طلقتك » أو « أنت مطلقة أو طالق » لأن قوله « أنت على كظهر أمي » : لأن
كان خبرا صينة لكنه جعل إنشاء وفي الشرع كقوله : « أنت طالق » .

ولو أضاف إلى جزء معين، غير جامع، ولا شائع^(١) : لا يجوز، كالطلاق.
 ولو^(٢) شبه امرأته بعضو من أمه^(٣) غير الظاهر: فإن كان لا يجوز النظر
 إليه : فهو ظاهر ، نحو البطن^(٤) والفخذ والفرج .
 ولو شبه امرأته بذوات المحارم غير الأُم : إن كانت الحرمة على
 التأييد بنسب أو رضاع أو مصاهرة: فإنه يكون ظاهرا^(٥).
 ولو شبه امرأته بامرأة محرمة عليه، في الحال ، وهي ممن تحل له في
 حالة أخرى ، مثل أخت امرأته ، ومثل امرأة لها زوج ، أو مجوسية ،
 أو مرتدة : لم يكن مظاهرا ، لأن النص ورد في الأُم ، وهي محرمة
 على التأييد .

وأما شرائط صحة الظاهر - < فنقول > :

< منها > أن يكون المظاهر، مسلما، عندنا .

وعند الشافعي: ليس بشرط .

والصحيح قولنا^(٦) ، لأن حكمه هو الحرمة المؤقتة^(٧) بالكفارة، وهي

عبادة ، والكافر ليس من أهلها - وهي مسألة معروفة .

ومنها — أن تكون المرأة محللة ، بالسكاح ، لا بملك اليمين ، حتى لو

(١) « ولا شائع » من ب .

(٢) في أ و ح : « أو »

(٣) « من أمه » من أ و ب و ح .

(٤) أضاف هنا في ح : « والظهر » أيضا

(٥) « ولو شبه امرأته بذوات المحارم ... ظاهرا » من ب و أ . وهي في ح مع خلاف يسير

لذ فيها : « ولو شبه امرأته بذوات المحارم : إن كانت محرمة على التأييد ... »

(٦) « والصحيح قولنا » من ب . (٧) في ح كذا : « المولية » .

ظاهر من أمته أو^(١) مدبرته أو^(٢) أم ولده: لا يصح، لأنه حكم^(٣) ثبت، بخلاف القياس، بالنص، وقد ورد في حق الزوجة، بقوله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم (الآية)»^(٤)، فلا يقاس عليها غيرها^(٥) ولو ظاهر من^(٦) المختلعة والمبانة، لا يصح، وإن كان يلحقها صريح الطلاق، لأنها ليست بمخلعة بالنكاح. وإن بقي النكاح من وجه.

وأما حكمه

فهو تحريم الاستمتاع بها، من الوطء، ودواعيه، موقتا، إلى وجود التكفير، مع بقاء ملك النكاح^(٧)، لما روى عن النبي عليه السلام أنه قال للمظاهر الذي واقع امرأته: «استغفر الله»، ولا تعد حتى^(٨) تكفر، ويجب على المرأة أن تمنع الزوج عن الاستمتاع بها، حتى يكفر. وللمرأة أن تطالب الزوج بالوطء عند الحاكم. وعلى الحاكم أن يجبره،

(١) و (٢) الممثلة من أ و ب و ح . (٣) في ح : «لأن حكمه» .
(٤) المجادلة: ٣ . وفيما يلي الآيات ٢ و ٣ من المجادلة: «الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم لأن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير ربة من قبل أن يتاسا ذلكم توعدون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتاسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله، وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم» .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل: «عليه غيره» .

(٦) كذا في ب و أ . وفي الأصل و ح : «في» .

(٧) «مع بقاء ملك النكاح» ليست في ب . وفي أ : «مع بقاء النكاح» .

(٨) «حتى» ليست في ح .

حتى يكفر، ويطأ، لأنه أضر بها في الامتناع عن الوطء، مع قيام الملك، وفي وسعه إزالته بالكفر.

ثم هذه الجريمة لا تزول بسبب من أسباب الإباحة، ما لم توجد الكفارة، لا بالنكاح، ولا بملك اليمين، ولا بإصابة الزوج الثاني - حتى إن المظاهر^(١) إذا طلقها طلاقاً بائناً، وانقضت عدتها. ثم زوجها، لا يحل له وطؤها ما لم يكفر^(٢).

وكذلك لو كانت الزوجة أمة الغير، فظاهر منها، ثم اشتراها حتى بطل النكاح: لم يحل له أن يطأها بملك اليمين، حتى يكفر.

وكذلك لو كانت حرة، فارتدت عن الإسلام، ولحقت بدار الحرب، فسيت، واشتراها.

وكذلك لو طلقها ثلاثاً. وتزوجت زوج آخر، ثم عادت إليه بالنكاح: لا تحل له، حتى يكفر، وإن صح النكاح.

ولو كفر بعد ما أبانها أو طلقها ثلاثاً: صح التكفير - حتى لو زوجها حل له وطؤها، لأن صحة التكفير لا تعتمد قيام الملك.

وإن كان الظهار موقتاً إلى وقت، بأن قال: «أنت»^(٣) على كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة، ثم مضى الوقت: سقط الظهار عندنا، خلافاً

(١) في ح: «الزوج الثاني لأن المظاهر».

(٢) في أ وب و ح: «وطؤها حتى يكفر».

(٣) «أنت» من أ وب و ح.

للشافعي^(١)، لأن الشرع جعل التكفير مزيلا للظهار المؤبد أو المطلق، حتى تنتهي الحرمة، والموقت ينتهي بمضى الوقت.

ولو قال «أنت على كأمرى» فإنه يرجع إلى نيته عند أبي حنيفة: إن أراد الإكرام: لا يكون ظهرا، وإن أراد الطلاق أو الظهار: فهو كما نوى^(٢)، وإن أراد التحريم: فهو إيلاء. وقال محمد: هو ظهار. وقال أبو يوسف: هو إيلاء،

ولو قال «أنت على حرام كأمرى»: حمل على نيته. فإن لم يكن له نية، كان ظهرا، لأن حرف التشبيه يختص بالظهار.

وأما بيان الكفارة - فنقول:

الكفارة لا تجب إلا عند وجود الظهار، والعود - قال الله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رقبة، من قبل أن يتأسا»^(٣).

وفيه كلام: أن سبب الوجوب كلاهما أو أحدهما أو غيرهما.

والعود عندنا هو العزم على وطئها بعد الظهار.

وقال الشافعي: العود أن يسكت المظاهر عن طلاقها^(٤)، عقيب^(٥) الظهار.

(١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل: «له».

(٢) في ح: «كما قال».

(٣) المجادلة: ٤، وقد قدمنا نص هذه الآية في الهامش؛ ص ٣١٨. واكتفى في الأصل

بقوله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم» والباقي في أ و ب و ح.

(٤) في ب: «عن وطئها».

(٥) في ح: «بعد».

وقال أصحاب الظواهر : العود أن يكرر^(١) لفظ الظهار .

والصحيح قولنا ، لأنه بالظهار حرم وطأها على نفسه ، فتي عزم على وطئها ، فقد قصد الرجوع عن الأول ، والعود هو الرجوع ، فيسمى^(٢) عودا .

ثم الكفارة تجب على الترتيب : الإعتاق عند القدرة ، ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الإعتاق ، ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم .

عرف ذلك بالنص ، وهو قوله : «والذين يظاهرون من أنفسهم (الآية)»^(٣) . وإنما يكفر قبل الوطء ، لقوله تعالى : «من قبل أن يتأسا» ، فإن وطئ قبل أن يكفر فقد باشر وطئا حراما ، فعليه أن يستغفر الله تعالى^(٤) ولا يوطأ^(٥) حتى يكفر .

ولو أعتق بعض رقبة^(٦) عن كفارته ، ثم وطئ ، ثم أعتق ما بقي منها ، لم يجزه ، وعليه أن يستقبل إعتاق رقبة عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق <عنده> مما يتجزأ^(٧) ، فيكون معتقا بعضه بعد الوطء وبعضه قبل الوطء ، والله

(١) في ا و ح كذا : « يكون » .

(٢) في ا : « فسمى » . وفي ب و ح : « يسمى » .

(٣) المجادلة ٤ — ه وقد تقدمتا في المائتين ٤ س ٣١٨ .

(٤) « الله تعالى » من ب و ح .

(٥) في ب و ح : « ولا يوطأ » .

(٦) في ح : « بعض عبد » .

(٧) في ا و ب و ح : « وعليه أن يستقبل عتق رقبة لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق

مما يتجزأ » .

تعالى أمر بإعتاق رقبة، كاملة، قبل المسيس. وعلى قولهما: صح، لأن عندهما الإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق البعض إعتاق^(١) الكل.

ولو جامع المظاهر، في خلال الصوم، جماعاً^(٢) يفسد الصوم - فإنه^(٣) يستقبل الصوم^(٤)، بالإجماع، لأن الواجب عليه^(٥) صيام شهرين متتابعين، قبل المسيس، مع الإمكان، ولم يوجد.

ولو جامع في الشهرين ليلاً^(٦)، أو نهراً ناسياً لصومه، استقبل عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يمضي على صيامه - وهي مسألة معروفة^(٧).

ولو جامع في خلال الإطعام: لم^(٨) يلزمه الاستقبال، بالإجماع، لأن الله تعالى لم يذكر في الإطعام ترك المسيس، لكن يمنع^(٩) عن الوطء قبل الفراغ من الإطعام، لجواز أن^(١٠) يقدر على الصوم أو العتق^(١١)، فتبين أن الوطء كان حراماً.

(١) في ح: «كإعتاق» .

(٢) «جماعاً» من ب و ا .

(٣) «فإنه» من ب . وليست في ا و ح . وفي الأصل: «وبستقبل» .

(٤) «الصوم» من ح .

(٥) «عليه» ليست في ح .

(٦) في ب: «ليلاً عامداً» .

(٧) في ا و ب: «وهي مسألة الصوم» . وفي ح: «وفي مسألة الصوم» .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل: «ولم» .

(٩) في ب: «يمنع» .

(١٠) كذا في ب و ح . وفي الأصل و ا: «نحو أن» .

(١١) «أو العتق» ليست في ح .

ولو كفّر بالاعتاق : يعتق رقبة كاملة لذات والرق ، على ما بين في كتاب الأيمان .

ولو كفّر بالاطعام : أطعم ستين مسكيناً^(١) ؛ كل^(٢) مسكين نصف صاع^(٣) من بر أو دقيق^(٤) أو سويق^(٥) ، أو صاعاً من تمر أو^(٦) شعير ، كما ذكرنا في صدقة الفطر^(٧) ، وحكمه حكم ذلك^(٨) .

(١) « ستين مسكيناً » من ب .

(٢) في ا و ب و ح : « لكل » .

(٣) « صاع » ساقطة من ح .

(٤) في ح : « دقيق » .

(٥) في ا و ح : « سويقه » . وفي المنجد : السويق الناعم . من دقيق الحنطة والشعير .

(٦) « تمر أو » من ا و ب و ح .

(٧) راجع : الجزء الأول ، ص ٥١٦ — ٥١٨ .

(٨) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

اللعان

يحتاج^(١) في هذا الباب إلى :
بيان مشروعية اللعان وماهيته ،
وإلى بيان سبب وجوب اللعان ،
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وإلى بيان كيفية اللعان ،
وإلى بيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

اللعان مشروع بين الزوجين .
وهو شهادات مؤكدة بالآيمان ، عندنا .
وعند الشافعي : آيمان مؤكدة بالشهادة^(٢) .
ويكون قائما مقام حد^(٣) القذف في جانب الرجل ، وقائما مقام حد
الزنا في جانب المرأة - ولهذا قلنا : لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بشهادة
النساء مع الرجال ، ولا بكتاب القاضى إلى القاضى .
وكذلك إذا وطئت ، محصنة بالشبهة ، فقتلها زوجها ، لم يجب اللعان ،

(١) فى ٢ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) فى ب و ا : « بالشهادات » .

(٣) « حد » ليست فى ٢ .

كما لو قذفها أجنبي: لا يجب حد القذف - فسقط اللعان ، بالشبهة ، كالحد .
وأصل ذلك قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهن (الآية) »^(١) .

وأما بيانه سبب الوجوب - فنقول :

سبب وجوب اللعان بين الزوجين هو القذف الصحيح ، عند وجود شرائطه ، من الزوج . ونعني^(٢) بالقذف الصحيح ما يكون موجبا للحد في حق الأجنبي : بأن كان عاقلا ، بالغاً ، والمرأة عاقلة^(٣) بالغة ، لأن القذف من الصغير والمجنون^(٤) ليس بموجب للحد ، لعدم الجنابة .

وكذلك - قذف الصغيرة والمجنونة بالزنا : كذب^(٥) ، لأنه لا يتصور الزنا منها ، فلا يكون قذفا صحيحا .

وكذلك إحصان المقدوف شرط^(٦) .

وذلك نوعان :

أحدهما - أن يقول « يا زانية » أو « زينت بفلان » أو^(٧) « ولدك من

(١) النور : ٦ ونصها وما بعدها : « والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين (٧) والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين (٨) ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (٩) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » .

(٢) كذا في ب و ا . وفي ح والاصل : « يعني » .

(٣) في ب : « عاقلة محصنة بالغة » وسيأتي بعد قليل شرط الإحصان : انظر الهامش ٦ .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « الصغيرة والمجنونة » .

(٥) « بالزنا كذب » ليست في ا .

(٦) « وكذلك لإحصان ... شرط » من ب . وانظر فيها بعد من ٣٢٧ و ٣٢٨ و ٣٢٩ .

(٧) الهمزة من ا و ب و ح . وفي الاصل : « و » .

الزنا» ، فأنكرت المرأة ، وخاصمته إلى الحاكم ، فمجز الزوج عن إقامة
البينة على الزنا .

والثاني - أن ينفي ولدا أقر^(١) أن امرأته ولدته ، أو شهدت امرأة على
الولادة ، فقال « هذا ليس بابني » وذلك قبل الإقرار بالولد ، وقبل مضى
مدة تهنته الولد ، التي هي قائمة^(٢) مقام الإقرار - على ما يعرف في
كتاب الدعوى .

ولو قال لامرأته وهي حامل : « هذا الحمل ليس مني » فهو ليس
بقاذف^(٣) ، ولا لعان بينهما^(٤) عند أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف
ومحمد : إن جاءت^(٥) بولد لا أقل من ستة أشهر : لا عنها ، وإن جاءت به
لا أكثر^(٦) : فلا لعان . واتفق أصحابنا أنه لا^(٧) ينفي نسب^(٨) الحمل
قبل الولادة .

وأما^(٩) شرائط الوجوب - فنقول < :

-
- (١) كذا في اوت و ح . وفي الأصل : « رأى » .
 - (٢) في ح : « وقبل مضى الوقت : وقت تهمة الوالد التي هي قائمة ... »
 - (٣) في ب : « بقذف » .
 - (٤) « بينهما » من اوت و ح .
 - (٥) « إن جاءت » من اوت و ح . وهنا تأكل في الأصل .
 - (٦) كذا في اوت و ح . وفي الأصل : « ولأن جاءت بأكثر » .
 - (٧) « أصحابنا أنه لا » من ب و ا . وهي في ح ما عدا « أصحابنا » فليست فيها .
وموضع البارة في الأصل متأكل .
 - (٨) هكذا في ح . وفي الأصل : « سبب » . وفي اوت ب : « بسبب » .
 - (٩) في ح : « ومن » .

هو^(١) أن يكونا زوجين ، حرين ، مسلمين ، عاقلين ، بالغين ، غير محدودين في القذف، والمرأة عفيفة^(٢) .

أما اعتبار^(٣) الزوجية - فلائن الله تعالى خص اللعان بالازواج ، وجعله حدا للزوج ، فأعما مقام حد القذف . ولهذا قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ، ثم قذفها - لا يجب اللعان .

ولو قذفها الزوج ، فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثا أو بائنا : فلا حد ، ولا لعان ، لأنه انقطعت الزوجية ، وحصل الفراق ، وحكم اللعان التفريق والتحريم ، فلا^(٤) يصح اللعان بدون حكمه .

ولو كان الطلاق رجعيا : يلاعن ، لقيام الزوجية .

وأما الحوية - فلائن العبد والائمة ليستا من أهل الشهادة ، واللعان شهادات فيها معنى الايمان .

وكذلك الحرية في جانبها من شرائط الاحصان وإحصان المقدوف شرط .

وأما اعتبار العقل والبلوغ - فلما قلنا : إنه لا يصح القذف بدون

العقل والبلوغ .

وأما اعتبار نفى حد القذف : < ف > لائن المحدود في القذف

لا شهادة له .

(١) كذا في ح . وفي الأصل واوب : « وهو » .

(٢) « والمرأة عفيفة » من ب . راجع الكسائي ٣ : ٢٤١ : ٧ وما بعده . وانظر فيما بعد

ص ٣٢٩ .

(٣) في اوب و ح : « أما قيام » .

(٤) في ح : « ولا » .

وأما اعتبار الاسلام : أما فى جانبها < ف > من باب الإحصان ، فإن المرأة الكافرة لا يجب بقذفها الحد ، وكذلك ^(١) اللعان .

وأما الزوج الكافر إذا قذف الزوجة المسلمة ، فلا لعان عليه ، لأنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين . وصورة المسألة فى الكافر : إذا أسلمت امرأته فلم يعرض ^(٢) عليه الاسلام ، حتى قذفها ، فيحد ، ولا يلاعن . فما لم يوجد هذه الشرائط : لا يجب اللعان - لكن بعضها شرط وجوب اللعان ، وبعضها شرط تحقق القذف وصحته .

ثم متى سقط اللعان وبطل - هل يسقط ^(٣) الحد عن الرجل ؟ قال مشايخنا : إن بطل بمعنى ^(٤) من جهة الزوج ، يجب الحد . ولا يجب اللعان ^(٥) - وهذا صحيح إذا ^(٦) كان القذف صحيحا ، كقذف العاقل البالغ ، فأما كذب نفسه : يجب الحد ولا يجب اللعان ^(٧) . فأما إذا لم يكن القذف صحيحا ، كقذف الصبي والمجنون ، فإنه لا يجب الحد ولا ^(٨) اللعان ، وإن سقط ^(٩) بمعنى من جهة الزوج .

(١) فى ا : « فكذا » . وفى ب : « فكذلك » . وفى ح : « وكذا » .

(٢) فى ب : « فلم يعرض » .

(٣) فى ب : « هل يبطل » .

(٤) فى ب : « معنى » .

(٥) فى ا و ح : « لم يجب على الزوج حد ولا لعان » . وكذا فى ب ما عدا : « على الزوج » .

وفى الكشافى مثل ما فى الاصل (٣ : ٢٤٤ : ٨ - ١٠) .

(٦) و (٧) كذا فى ا و ب و ح لأن الاصل « تأكل فى هذا الموضع » .

(٨) « لا » من ح . فى الاصل و ا و ب : « الحد واللعان » .

(٩) فى ح : « فإن أسقط » .

وقالوا: إن بطل^(١) بمعنى من جهة المرأة: لم يجب على الزوج حد، ولا لعان، كما إذا صدقته، وكما^(٢) إذا كانت حرة غفيفة مسلمة إلا أنها محدودة في القذف: فلا حد ولا لعان^(٣)، لأن المعنى من جهتها، وهو أنها ليست من أهل الشهادة، مع كون القذف صحيحا.

فإذا كان المعنى من جهتها، والقذف ليس بصحيح: لا يجب الحد واللعان جميعا أيضا - حتى إذا كانت الزوجة كافرة، أو أمة، أو^(٤) صغيرة أو مجنونة أو زانية: فلا حد ولا لعان، لأن القذف ليس بصحيح، لأن المرأة ليست بمحصنة^(٥).

وإذا كان كل واحد من الزوجين محدودا في القذف: يجب الحد، ولا يجب اللعان، لأن القذف صحيح، والمانع من جهة الزوج، ولا عبرة بجانبها.

وعلى هذا تدور المسائل.

وأما تفسير اللعان

فإن كان القذف بصريح الزنا، فأنكرت المرأة، وخاصمته إلى القاضي، فأمره بإقامة البينة على صدق مقالته، فعجز عن إقامة البينة، فإنه يتبدى.

(١) «بمعنى من جهة الزوج». وقالوا: إن بطل «ساقطة من أ. قنيتها: «ولن سقط بمعنى من جهة المرأة».

(٢) في أ و ب و ح: «وكذا».

(٣) في ب: «محدودة في قذف بنير التوبة يجب الحد ولا لعان ...».

(٤) «أو» ليست في ح. قنيتها: «أمة صغيرة».

(٥) «لأن المرأة ليست بمحصنة» من ب.

من جهة الزوج ، ويأمره باللعان - فيقوم الزوج ويقول « أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا » فيقول ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة « أن لعنة الله على^(١) » إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، ويقبل بوجهه على المرأة في كل ذلك . ثم يأمرها باللعان ، فتقوم وتواجه زوجها ، وتقول « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا » أربع مرات^(٢) ثم تقول في الخامسة « إن غضب الله على^(٣) » إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا . فإذا قالت^(٤) ذلك تم اللعان بينهما .

وإن كان القذف بنفى الولد ، وكذبه المرأة ، وخاصمته إلى الحاكم^(٥) : فإنه يأمر الحاكم الزوج باللعان ، وهو أن يقوم الرجل^(٦) فيقول « أشهد بالله إنني^(٧) لمن الصادقين فيما رميتها به من نفى ولدها هذا » أربع مرات ، ويقول في الخامسة « إن لعنة الله على^(٨) » إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من نفى ولدها هذا^(٩) ،^(١٠) ثم يأمر المرأة أن تقول « أشهد بالله إنه

(١) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عليه » .

(٢) « أربع مرات » ليست ب و ا .

(٣) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عليها » .

(٤) فب و ا : « قالا » . وفي ح : « قال » .

(٥) في ا : « إلى القاضي » .

(٦) في ب : « الزوج » .

(٧) في ا و ح : « لاني » .

(٨) في ب : « عليه » .

(٩) « هذا » من ب و ح .

(١٠) زاد في ب : « أربع مرات » .

لمن الكاذبين فيما رمانى^(١) به من نفى ولدى هذا ، أربع مرات ، ثم تقول فى الخامسة « إن غضب الله على^(٢) » إن كان من الصادقين فيما رمانى^(٣) به^(٤) من نفى ولدى هذا .

والقيام ليس بشرط ، ولا يضره قال ذلك قائما أو قاعدا - كذا رواه^(٥) الحسن عن أبى حنيفة .

فإذا قال^(٦) ذلك تم اللعان بينهما .

وإذا تم اللعان بينهما^(٧) لا تنقع الفرقة ما لم يفرق القاضى بينهما .

فينبغى أن يفرق القاضى بينهما فى الفصل الأول .

وفى الفصل الثانى : يفرق بينهما ، ويقضى بنفى الولد وقطع النسب من الأب

ويلحقه^(٨) بالأم ، لأن التفريق وقطع النسب كلاهما حكم اللعان إذا كان اللعان

بالتقذف^(٩) بنفى^(١٠) الولد ، فلا بد^(١١) من قضاء القاضى بقطع^(١٢) النسب .

(١) كذا فى أ وب و ح . وفى الأصل : « رمى » .

(٢) فى ب : « عليها » .

(٣) كذا فى أ وب و ح . وفى الأصل : « رمى » .

(٤) « به » ليست فى أ .

(٥) فى أ : « رواية » .

(٦) كذا فى أ وب و ح . وفى الأصل : « قال » .

(٧) « بينهما » من ب .

(٨) فى أ وب و ح : « ويلحق » .

(٩) كذا فى أ وب و ح . وفى الأصل : « بالصدق » .

(١٠) فى الأصل وأ وب و ح : « بنفى » .

(١١) فى ح : « ولا » .

(١٢) كذا فى أ وب و ح . وفى الأصل : « لقطع » .

وأما حكم اللعان

فهو ثبوت حق التفريق . فإذا تم اللعان يفرق القاضى بينهما ، ولا تقع الفرقة بنفس اللعان - وهذا مذهب علمائنا .

وقال زفر : تقع الفرقة بلعانها^(١) .

وقال الشافعى : بلعان الزوج .

ثم اختلف أصحابنا فيما بينهم : قال أبو حنيفة ومحمد : هى تطلقة بآئنه ، فيزول ملك النكاح ، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج^(٢) إلى وقت الإكذاب وإقامة الحد^(٣) .

وقال أبو يوسف وزفر : هى فرقة بغير طلاق توجب^(٤) تحريمًا مؤبدًا . وأصله قوله عليه السلام : « المتلاعنان^(٥) لا يجتمعان أبدًا » . فأخذ أبو يوسف وزفر بظاهر الحديث ، وأبو حنيفة ومحمد أخذًا بمعناه وهو أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدًا ما دامتا متلاعنين ، فإن حقيقة المتفاعل هو المتشاغل^(٦) بالفعل ، حقيقة أو^(٧) حكمًا ، فإذا زال اللعان حقيقة وحكمًا لا يبقى حكمه .

(١) فى ح : « بلعانها » . وفى ت : « بنفس اللعان » .

(٢) فى ح : « ويزول ملك النكاح ... والتزويج » .

(٣) « الحد » ساقطة من ح .

(٤) فى ا و ب و ح : « يوجب » .

(٥) فى ح : « المتلاعنان » .

(٦) فى ب : « النشاغل » . وفى ح : « فإن حقيقة المتلاعن المتفاعل وهو المتشاغل ... »

(٧) الهمزة من ا و ب .

ثم إذا وقعت الفرقة بتفريق القاضى وثبت حرمة الاجتماع : فإذا أكذب^(١) الزوج نفسه ، وضرب^(٢) الحد^(٣) ، يباح له أن يتزوجها ، لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا فى القذف فلا يبقى اللعان^(٤) .

وكذلك إذا صدقته المرأة ، بعد الفرقة ، لأنها صارت معترفة ، وبطل القذف ، فبطل حكم اللعان^(٥) .
وكذا إذا حدث فى قذف .

فإن أخطأ القاضى فبدأ بالمرأة ، ثم بالرجل - فإنه ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة ، لأنها شهادة ، وإنما يبدأ بشهادة المدعى ، ثم بشهادة المدعى عليه ، بطريق الدفع ، فلهذا يبدأ بالرجل ، فإن أخطأ يجب الاستدراك بالعادة ، فإن لم يعد^(٦) جاز ، لأنه قضاء فى موضع الاجتهاد ، فإن عند بعضهم اللعان^(٧) أيمان ، وفى التحالف يجوز تقديم يمين أيهما كان .

(١) فى ح : « كذب » .

(٢) فى ا و ب : « فضرب » .

(٣) « الحد » ليست فى ا .

(٤) و (٥) فى ا : « ... يباح له أن يتزوجها ، لأنه بطل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة ، لأنها صارت معترفة ، وبطل القذف فبطل حكم اللعان » . وفى ب : « ... يباح له أن يتزوجها لأنه بطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة لأنها صارت معترفة فبطل حكم اللعان » . وفى ح : « ... يباح له أن يتزوجها لأنه بطل اللعان . وكذلك إذا صدقته المرأة بعد الفرقة لأنها صارت معترفة وبطل القذف وخرج من أن يكون من أهل اللعان بصيرورته محدودا فى قذف فلا يبقى اللعان » .

(٦) فى ح : « يحدها » .

(٧) فى ا : « بعضهم يجب اللعان » .

ولو أخطأ القاضى، وفزق قبل تمام اللعان : فإن كان كل واحد منهما قد التمن أكثر اللعان : وقعت الفرقة . وإن لم يلتعنا أكثر اللعان ^(١) أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان ^(٢) : لم تنق الفرقة - لأنه قضاء ^(٣) بطريق الاجتهاد ، فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد ^(٤) لأن للأكثر حكم ^(٥) الكل ، فى كثير من الأحكام . وفى الفصل الثانى قضاء فى موضع لا يسوغ فيه الاجتهاد ، فلا ينفذ ^(٦) .

وإذا امتنع أحد الزوجين عن الالتعان ^(٧) ، فإن القاضى يحبس حتى يلتعن . وعند الشافعى : لا يحبس ^(٨) ، ولكن يحد حد القذف ^(٩) .

(١) و(٢) « اللعان » من ا و ب و ح .

(٣) فى ب و ح : « قفى » .

(٤) « فى موضع يسوغ فيه الاجتهاد » ليست فى ح .

(٥) فى ح : « الأكثر يحكم » .

(٦) « فلا ينفذ » من ا و ب و ح . وفى الأصل : « ولا ينفذ » .

(٧) فى ا و ح : « عن اللعان » .

(٨) « لا يحبس » ساقطة من ح .

(٩) زاد فى ا و ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

فرقة العنين

لا خلاف ^(١) بين العلماء أن الجب ^(٢) والعنة ^(٣) عيب يثبت بهما الحيار للمرأة : فى التفريق ، والبقاء على النكاح .

واختلف أصحابنا فى عيوب آخر بالزوج ، تحلل بالوطء ، مثل الجنون ، والجدام ، والبرص : قال أبو حنيفة : لا يثبت الحيار . وقال محمد والشافعى : يثبت .

وأجمع أصحابنا أن لا يفسخ النكاح بعيوب فى المرأة .
وقال الشافعى : يفسخ بعيوب خمسة : الجنون ، والجدام ، والبرص ، والرتق ^(٤) ، والقرن ^(٥) - وهى مسألة معروفة .
إذا ثبت هذا فنقول ^(٦) :

(١) فى هـ : « قال رحمه الله : لا خلاف » .

(٢) فى المغرب : الجب القطع ، ومنه المجهود الخفى الذى استؤصل ذكره وخصياه .

(٣) فى المغرب : العنة على زعمهم اسم من العنين وهو الذى لا يقدر على إتيان النساء . ولم أعثر عليها إلا فى صحاح الجوهرى . وفى البصائر لأبى حيان التوحيدي : قل فلان عنين أى يئن العنين ، ولا تقل يبين العنة كما يقوله الفقهاء فإنه كلام مردول .

(٤) فى المغرب : امرأة رتقاء بينة الرتق إذا لم يكن لها خرق إلا المبال .

(٥) فى المغرب : القرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحم مؤتلفة أو عظم - وامرأة قرناء : بها ذلك .

(٦) الفاء من او ح .

إذا ادعت المرأة أن زوجها محبوب أو عنين ، ورفعت الائم إلى القاضى ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : أنه هل وصل إليها أم لا ؟ فإن أنكر : ففى المبوب يعرف بالمس ^(١) من وراء الإزار . وإن أقر : ثبت ^(٢) لها الخيار فى المبوب . لأنه لا فائدة فى التأجيل .

وفى العنين : إذا أقر وصدقها فى ذلك - يؤجله القاضى سنة . وإن أنكر أنه عنين وقال « وصلت إليها » فإن القاضى يسأل المرأة : أهى بكر أو ^(٣) ثيب - فإن قالت « ثيب » : فإنه يجعل القول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له ، لأن من خلا بالثيب فالظاهر أنه يطأها . وإن قالت « إنى بكر » : نظر إليها النساء - والمرأة الواحدة كافية والائم كثر ^(٤) أو ثق - فإن قان ^(٥) « إنها بكر » : فالقول قولها ، لأن قيام البكارة يدل عليه ، و ^(٦) قول النساء فيما لا يطلع عليه ^(٧) الرجال مقبول .

وإذا ثبت أنه لم يصل إليها ، إما بإقراره أو بظهور البكارة ، فإن القاضى يؤجله حولا ، وإنما يعتبر الاجل سنة ^(٨) ، لأن الامتناع من الوطء قد يكون للعجز وقد يكون ^(٩) لبغضه إياها ، فإذا أجل فيقدم على الوطء

(١) فى ح : « بالمس » .

(٢) فى ا : « أثبت » .

(٣) فى ا و ب و ح : « أم » .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « والاثنين » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « قال » .

(٦) الواو من ا و ح . وفى ب : « وهو » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « عليها » .

(٨) « وإنما يعتبر الاجل سنة » ليست فى ا و ب و ح .

(٩) « العجز وقد يكون » ليست فى ب .

دفعاً للعار عن نفسه إن كان قادراً . وأول الأجل من حين الإقرار
(١) وظهور البكارة ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل التأجيل .

والتأجيل إنما يكون بسنة^(٢) شمسية ، لأن الفصول تكمل فيها ،
فيحتمل أن يزول الداء في المدة التي بين الشمسية والقمرية .

فإذا حال^(٣) الحول فرفعت الأمر إلى القاضي وادعت أنه لم يصل
إليها ، فإنه يسأل الزوج عن ذلك : فإن قال قد وطئتها ، وهي ثيب ، فالقول
قوله . وإن كانت بكراً : نظر إليها النساء : فإن قلن إنها بكر : فالقول قولها ،
وإن قلن إنها ثيب : فالقول قول الزوج .

وإذا ثبت^(٤) عدم الوصول إليها ، إما باعترافه أو بظهور البكارة ، فإن
القاضي يخيرها ، لأن العيب قد استقر^(٥) : فإن اختارت المقام ، بطل
حقها ، ولم يكن لها خصومة أبداً ، في هذا النكاح ، لأنها رضيت بالعيب .
وإن اختارت الفرقة ، يفرق القاضي بينهما ، وتكون تطلقه بائنة ، على ما مر .
ولو وصل إليها مرة ، ثم عجز ، و^(٦) عرف ذلك بإقرارها ، فإن القاضي
لا يخيرها ، لأنه وصل حقها إليها ، لأنه يجب كمال المهر ، فلا^(٧) يعتبر ما زاد عليه .

(١) في ح : « أو » .

(٢) في ا و ب : « ويعتبر الأجل بسنة » . وفي ح : « ويعتبر الأجل سنة » .

(٣) في ح : « جاء » .

(٤) « ثبت » من ا و ب و ح . وفي ا و ب : « فإذا ثبت » .

(٥) في ا : « قد التزم » .

(٦) الواو من ب .

(٧) في ا و ب و ح : « ولا » .

وإذا خيرها الحاكم^(١) فوجد منها ما يدل على الإعراض، يبطل خيارها، كما في خيار^(٢) المَخْبِرَةِ^(٣).

وقال أصحابنا: إن العنين إذا أُجِّلَ سنة، فشهْر رمضان وأيام الحيض محسوبة من الأجل، لأن التأجيل^(٤) سنة - عرفنا ذلك بإجماع الصحابة من غير استثناء هذه الأيام، مع علمهم بذلك.

فأما إذا مرضا في المدة، مرضا لا يمكن الجماع معه: فإن كان أقل من نصف شهر، احتسب عليه، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه. وكذلك الغيبة.

وروى عن محمد أنه قدر ذلك بالشهر، وفيه روايات^(٥) - وهذا أوثق^(٦)، لأن الشهر في حكم الأجل.

هذا إذا لم تكن المرأة رتقا، فإن كانت رتقا وكان زوجها غنيا، فلا يؤجله القاضي، لأنه لا حق لها في الوطء، و^(٧) إنما حقها في^(٨) الاستمتاع والمسااس.

(١) في اوب و ح: «القاضي».

(٢) «خيار» من ب.

(٣) في الأصل: «كما في الخيرة المجنونة». وراجع فيها تقدم ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٤) كذا في اوب و ح. وفي الأصل: «تأجيل».

(٥) في ب: «وفيه ثلاث روايات».

(٦) في ح: «أرقق». وفي اوب: «أوفق».

(٧) الواو من ح.

(٨) «في» ليست في ح و ا.

ولو علمت المرأة بالعنة ، عند العقد ، ورضيت بالعقد : فإنه لا خيار لها ، كمن اشترى عبدا وهو عالم بعيه .

فإن^(١) كان زوج الامة عينا: فالخيار في ذلك إلى المولى عند أبي يوسف .
وقال زفر: الخيار للامة .

وروى الحسن ، عن أبي حنيفة ، مثل قول أبي يوسف^(٢) .

(١) في ا و ب و ح : « وإن » ،

(٢) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

(١) الحضنة

الولاية^(٢) إلى العصابات في الجملة ، والحضنة إلى ذوات^(٣) الرحم المحرم ، لأن الحضنة تبني على الشفقة والرفق بالصغار ، وذلك من جانب النساء أوفر ، وهن بالتربية أعلم .

ويكون الأقرب فالأقرب أولى . ثم الأقرب ههنا^(٤) هي الأم . ثم الجدة أم الأم . ثم الجدة أم الأب . ثم الأخوات : فأولاهن^(٥) الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب . ثم بنات الأخت ، على هذا الترتيب . ثم بنات الأخ ، على هذا الترتيب - وهذا على الرواية^(٦) التي تقدم الأخت لأب على الحالة - وهي رواية محمد^(٧) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، ورواية الحسن عن أبي يوسف . وفي رواية

(١) « باب الحضنة » ليست في ب .

(٢) في الأصل : « قال رحمه الله : الولاية » . وفي ح : « قال : الولاية » .

(٣) كذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : « ذوى » .

(٤) « ههنا » من ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : « فأولاهن » .

(٦) في ح : « وعلى هذا الرواية » .

(٧) « محمد » ليست في ب . وفي ا : « عن محمد » . انظر الهامش التالي .

عن أبي حنيفة وأبي يوسف^(١) أنَّ الحالةَ أُولَى من الأختِ لأبٍ، وهو قول محمد وزفر .

ثم بعد^(٢) الأختوات ، وأولادهن^(٣) من الإناث ، الحالات على الترتيب : الحالة^(٤) لأبٍ وأمٍ ، ثم الحالة^(٥) لأُمٍ ، ثم الحلة لأبٍ^(٦) .

ثم العمات على الترتيب : العمة لأبٍ وأمٍ ، ثم العمة لأُمٍ ، ثم العمة لأبٍ . فأما بنات العم والحال والعمة والحالة ، فلا حق لهن في الحضنة ، لأن لهن رحماً غير محرم .

ثم الأُم والجَدات أحق بالغلام إلى أن يأكل وحده . ويشرب وحده ،

(١) كذا في ح . ا . لا أن في ا : « وهي رواية عن محمد ... الخ » . أما في ب فكما يأتي مع وضع خط تحت مواضع الخلاف : « وهي رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي رواية محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف » . وفي الأصل : « وهي رواية محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وروى الحسن عن أبي يوسف في رواية عن أبي يوسف » . ولعل في الأصل نقصاً يكمل على الوجه الآتي : « ... وروى الحسن عن أبي يوسف » . وفي رواية عن « أبي حنيفة » . « أبي يوسف » . وقد اكتفى السرخي بقرائه في المبسوط (٥ : ٢١١) : « ثم بعد الأخت لأُمٍ » . قال في كتاب النكاح : الأخت لأبٍ أُولَى من الحالة ، وفي كتاب الطلاق قال : الحالة أُولَى من الأخت لأبٍ » . وكذا الكاساني إذ قال (البدائع ٤ : ٤١ : ٢١) : « واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأبٍ مع الحالة : أيهما أُولَى ؟ روى عنه في كتاب النكاح أن الحالة أُولَى وهو قول محمد وزفر . وروى عنه في كتاب الطلاق أن الأخت لأبٍ أُولَى » . وكذا ابن المأمون (الفتح ٣ : ٣١٥) : « ... وبعد الأخت لأبٍ الحالة ... وفي رواية كتاب الطلاق الحالة أُولَى من الأخت لأبٍ ... وفي رواية كتاب النكاح : الأخت لأبٍ أُولَى من الحالة » .

(٢) « بعد » من ا و ب ح . وفي الأصل : « تقدم » .

(٣) في ح : « ثم بعد الحالات أولادهن » .

(٤-٦) في ح : « الحالات » .

ويلبس وحده . و (١) في رواية عن (٢) محمد : و (٣) يتوضأ وحده أو (٤) يستنجي وحده (٥) . فأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض .

والقياس أن يكون لهن حق الحضانة ، في الغلام ، إلى وقت البلوغ ،
لحاجة الصغار إلى التربية ، في الجملة ، إلى وقت البلوغ - إلا أنا استحسننا في
الغلام ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، والآثب أقدر .

ثم عندنا (٦) : ليس للصغير العاقل اختيار أحد الأبوين في الحضانة .
وعند الشافعي : يخير الصبي (٧) .

والصحيح قولنا ، لأنه لا يعرف إلا أنظر منهما .

وأما من لا ولاد (٨) لها من النساء ، فلا (٩) حق لهن في الجارية والغلام ،
بعد الاستغناء بأنفسهما ، فيما ذكرنا .

وينتقل الحق إلى العصبات من ذوى الرحم المحرم : الأقرب فالأقرب ،

(١) « و » ليست في ب .

(٢) « عن » من ب و ا .

(٣) الواو من ا و ب و ح . وفي الأصل : « أنه » .

(٤) في ب : « و » . وفي الكسائي (٤ : ٤٢ : ٢٥) : « وذكر أبو داود بن رشيد
عن محمد : ويتوضأ وحده - يريد به الاستنجاء . أي : يستنجي وحده » . وداود بن رشيد الخوارزمي
من أصحاب محمد بن الحسن - سكن بغداد . وله النوادر ، وروي عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه
والنسائي . ومات سنة ٢٣٠ هـ أو سنة ٢٣٩ هـ . (العوائد ، ٧٢ . والجواهر ، ١ : ٢٣٧) .

(٥) « وحده » من ا و ب و ح . راجع الهامش السابق .

(٦) في ح كذا : « والآثب أقدم عندنا » .

(٧) في ا : « الصغير » .

(٨) في ح : « أولاد » .

(٩) في ح : « ولا » .

على الترتيب ، إلا بنى الأعمام ، لأن الحاجة إلى الحفظ ، وخوف الصغير من العصبية أشد من خوفه ^(١) من غير الأمهات من ذوات الرحم المحرم . فأما بنو الأعمام : فلا حق لهم في الحضانة ، لأن لهم رحماً غير محرم ، و ^(٢) يحل لهم نكاحها ، فلا يؤمن عليها .

ثم من كان من ^(٣) عصباتها ، ممن ^(٤) لا يؤمن عليها ، من ذوى الرحم المحرم ، لفسقه ومجائته ، لم يكن له فيها حق ، لأن في كفالاتها ضرراً عليها ^(٥) .

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم ، فالاختيار إلى القاضي : إن رآه أصلح : ضم ^(٦) إليه ، وإلا فيضع ^(٧) عند أمينه .

وهذا الذى ذكرنا من ثبوت حق الحضانة لذوات الرحم المحرم إذا لم يكن لهن أزواج ^(٨) - فأما من لها زوج فلا حق لها في الحضانة ^(٩) ، إلا إذا كان زوجها ذا ^(١٠) رحم محرم من الصغير ، لأنه يلحقه الجفا والمذلة من

(١) « من خوفه » ليت فى اوب و ح .

(٢) « و » من اوب و ح .

(٣) « من » من اوب . وفى الأصل و ح : « فى » .

(٤) فى ح : « من » .

(٥) فى ح : « عليه » .

(٦) فى ح : « ضمه » . وفى ب و ا : « يضم » .

(٧) فى ح : « يضمها » .

(٨) فى ح : « لها زوج » .

(٩) « فى الحضانة » من ح .

(١٠) فى ح : « أدنى » .

زوج الأم إذا كان أجنبياً، ويضعه القاضى حيث يشاء، بمنزلة من لا قرابة له.

. . .

وأما الولد والزوجة، فى الحضانة، على السواء، إذا أعتقت .
فأما الرقيقة: فلا^(١) حق لها فى حضانة الولد الحر، لأنه ضرب من
الولاية، والرق يتافى الولايات^(٢).

. . .

وأهل الذمة فى هذا بمنزلة أهل الإسلام، لأن هذا أمر يبتنى
على الشفقة .

ولو كانت الأم كافرة والولد مسلم^(٣): ذكر فى «الأصل» أنها فى الحضانة
كالمسلمة. وكان أبو بكر الرازى^(٤) يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة
حتى يعقلا، فإذا عقلا، سقط حقها^(٥)، لأنها تعودهم أخلاق الكفرة .
ولا حق للمرتدة فى الولد، لأنها تحبس، وفى الحبس ضرر بالصبي.

. . .

وإذا ثبت أن حق الحضانة للأم، فإذا أرادت^(٦) أن تخرج بالولد إلى بلد آخر -
هل للأب حق المنع؟ فلا يخلو: إما أن تكون الأم زوجته أو مطلقة بائنة.
فإن كانت زوجته: فللزوجة حق المنع من الخروج، بنفسها وبولدها .

(١) الفاء من ن و ا .

(٢) فى ا و ب و ح : «الولاية» .

(٣) فى ح : «مسلم» .

(٤) راجع ترجمته فى المامش ٥ ، ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : «حقها» .

(٦) فى ح : «وأرادت» .

فأما إذا كانت مبتوتة : <ف> إما أن تخرج بولدها ^(١) إلى بلدها أو إلى بلد آخر ، وقد وقع النكاح في ذلك البلد أم لا ، ويكون بعيدا أو قريبا يقدر الأب على مشاهدة الولد والعود إلى بيته قبل انقضاء .

أما إذا أرادت الخروج إلى بلدها وكان البلد بعيدا : <ف> إن وقع النكاح فيه : ليس للأب حق المنع ، لأنه لما عقد النكاح ثم ، فالظاهر أنه التزم المقام فيه . لأن الظاهر أن الزوج يقيم في البلد الذي تزوج فيه ^(٢) ، إلا أنه يلزمها اتباع الزوج ، إذا أعطى جميع المهر ، حيث شاء ، أو رضيت بذلك ، فإذا زالت الزوجية ، لم تجب المتابعة ، فيعود الأمر ^(٣) إلى الأب .

فإن لم يقع عقد النكاح في بلدها : فليس لها أن تنقل ولدها إلى ذلك البلد ، لأن فيه التفريق بين الأب وبين ولده الصغير ، وفيه ضرر بالأب ، ولم ^(٤) يلزم ^(٥) الضرر حيث لم يتزوج ثم .

وإذا أرادت أن تنقل الولد إلى البلد الذي وقع فيه النكاح ، وليس ذلك بلدها : فليس لها ^(٦) ذلك ، لأنه ليس بوطن لها ، فهي دار غربة

(١) الباء من اوب و ح .

(٢) كذا في ب و ا . وفي الاصل و ح : « منه » .

(٣) في ح : « إلى الأول » .

(٤) في ح : « ولا » .

(٥) كذا في اوب و ح . وفي الاصل : « يلزم » .

(٦) في ح : « له » .

لها^(١)، كما أن البلد الذى فيه الزوج دار غربة، فتساويا، وليس^(٢) لها أن تلحق الضرر^(٣) بالآب .

وأما إذا كان البلد قريبا، بحيث يقدر الآب أن يحجى^(٤) إلى الولد ويراه و^(٥) يعود إلى منزله قبل الليل، فلها ذلك، ويكون ذلك بمنزلة أطراف المصر، لأنه ليس فيه كثير ضرر .

وأما أهل القرى—إن أرادت المبتوتة أن تنتقل بالصبي إلى قريتها من^(٦) قرية الآب : إن وقع النكاح فيها، فلها ذلك . وإن وقع النكاح فى غيرها، فليس لها أن تنقل الصبي إلى قريتها^(٧)، ولا إلى القرية التى وقع النكاح فيها إذا كانت بعيدة، كما فى البلدين . وإن كانت قريبة بحيث يمكن^(٨) الآب رؤية الصبي، والعود إلى منزله . قبل الليل : فلها ذلك، لأنه ليس فيه ضرر معتبر^(٩) .

وإن كان الآب متوطنا فى المصر، فأرادت^(١٠) نقل ولدها إلى قريتها،

(١) « لها » ليست فى ح .

(٢) فى اوب : « فليس » .

(٣) « الضرر » ليست فى ا .

(٤) فى الاصل : « لى أن يحجى » . وفى ب و ا : « أن ينظر » .

(٥) فى اوب وح : « ثم » . وليس فى ب : « ويراه » .

(٦) كذا فى ب و ا . وفى الاصل : « غير » .

(٧) « من قرية الآب ... لى قريتها » ساقطة من ح .

(٨) كذا فى اوب وح . وفى الاصل : « يملك » .

(٩) « لأنه » ليس فيه ضرر معتبر « ليست فى ب . وانظر الهامش بعد التالى .

(١٠) التاء من او ح .

والنكاح وقع فيه ، فلها ذلك ^(١) ، لأن الأب التزم المقام في مكان النكاح ، إذا كان وطن الزوجة ^(٢) .

وإذا ^(٣) أرادت النقل إلى قرية قريبة من مصر ، <بحيث > يمكن النظر إلى ولده والعود قبل الليل : < ف > إن وقع النكاح فيها ^(٤) ، فلها ذلك ، لأنه رضى بقرية ^(٥) الولد ، وإن لم يقع النكاح ^(٦) فيه ، فليس لها ذلك ، لأن أخلاق أهل القرى لا تساوى أخلاق أهل مصر ، فيلحق الصبي بذلك ضرر ، وفيه ضرر بالوالد ^(٧) ، فلم يجز ^(٨) ، إذا لم يلتزمه ^(٩) الأب ^(١٠) .

وقد ذكر محمد ^(١١) هذه المسألة في الجامع الصغير مبهمة فقال : إنما أنظر في هذا إلى الموضع الذى وقع فيه عقد النكاح ^(١٢) - والصحيح ما ذكرنا من التفصيل .

. . .

(١) « وإن كان الأب ... فلها ذلك » ليست في ب . وانظر الهامش قبل السابق .

(٢) فى ا و ح : « الزوج » .

(٣) « إذا » ليست فى ح . ففيها : « وأرادت » . وفى ا و ب : « ولن » .

(٤) فى ا و ب و ح : « أصل النكاح فيه » .

(٥) فى ب و ح : « بقرعة » .

(٦) فى ا و ب : « أصل النكاح » . وفى ح : « أصلا النكاح » .

(٧) فى ا و ب و ح : « أهل مصر فينخلق الصبي بذلك وفيه ضرر بالولد » .

(٨) فى ب : « فلم يجز » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « لم يلزمه » .

(١٠) « الأب » ليست فى ا .

(١١) « محمد » من ا و ب .

(١٢) محمد . الجامع الصغير . ٥٢ : « رجل تزوج امرأة من أهل الشام بالشام فقدم بها الكوفة ، وطلقها ، وقد ولدت منه - فلها أن تخرج بالولد إلى الشام . وإن كان تزوجها في غير الشام أو بالكوفة . وهي من أهل الشام ، لم يكن لها أن تخرج بالولد من الكوفة » .

ثم الأم وإن كانت أحمق بالحضانه ، فإنه لا يجب عليها إرضاع الصبي ، لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد يختص بها الوالد ، إلا أن لا يوجد من يرضعه ^(١) ، فنجبر ^(٢) على إرضاعه .

وقال مالك : إن كانت شريفة لم تجبر ، وإن كانت دنية تجبر .

فإن كانت لا ترضع إلا بأجر : < ف > إن كان في حال قيام النكاح : < ف > ليس لها ذلك ، لأن الأجر لحفظ الصبي وغسله ^(٣) ، وذلك من باب نظافة البيت ، وهي منفعة تحصل لها < ب > ذلك ^(٤) ، فلا تستحق الأجر . ولو استأجر الأب ظمراً ^(٥) ، وأرادت الأم أن ترضع : فهي ^(٦) أولى ، لأنها أشفق عليه .

وإن كانت المرأة مبانة . وهي في العدة < ف > ففي إحدى الروايتين : لا يجوز لها أن تأخذ الأجر ، لأنها تستحق النفقة ، كالزوجة . وفي رواية : يجوز ، لأنها صارت أجنبية ،

فأما إذا انقضت العدة : < ف > يجوز أن تأخذ الأجر ، لأنها ^(٧) بمنزلة الأجنبية ، وهي أولى من الأجنبية .

(١) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « من لا يرضعه » .

(٢) زاد هنا في ب : « الأم » .

(٣) « وغسله » ليست في ا .

(٤) « ذلك » ليست في اوب و ح .

(٥) زاد هنا في ح : « له » .

(٦) في اوب : « فالأم » .

(٧) « لأنها » من ح .

وتجب الأجرة على الزوج إذا رضيت بمثل ما تأخذ الأجنبية^(١) و^(٢).
وإن قال الأب^(٣) : أنا أجد من ترضعه بغير أجر أو بأقل من
ذلك الأجر - فليس لها أن تمنع الزوج من ذلك ، لأن في ذلك ضررا
بالأب ، ولكن ترضع الظئر في بيت الأم ، ما لم تتزوج ، لأن حق
الحضنة لها^(٤).

(١) « وتجب الأجرة على الزوج ... الأجنبية » ليست في ح .

(٢) زاد في ب : « وهي أولى من الأجنبية » .

(٣) « الأب » من ا و ب و ح .

(٤) زاد في ب و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

الرضاع

قد ^(١) ذكرنا أن الرضاع سبب للتحريم ، بطريق التأييد ، فيحرم به ما يحرم بالنسب والصحريّة ، وإنما يخالف النسب في مسألتين :

إحدهما - أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أخت ابنه من النسب ^(٢) ، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ، لأن أخت ابنه من النسب ^(٣) بنت امرأته الموطوءة ، وبنت موطوءته حرام عليه ، وهذا لا يوجد ^(٤) في الرضاع ^(٥) .

والثانية - أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أم أخته من النسب ، ويجوز أن يتزوج أم أخته من الرضاع ، لأن أم أخته من النسب موطوءة أبيه ، وحليلة الأب حرام على الابن ، وهذا لا يوجد ^(٦) في الرضاع . وتعرف ذلك بالتأمل .

وجملة ذلك - أن ^(٧) الرضاع يتعلق به التحريم في جانب المرضعة ^(٨) ،

(١) في ح : « قال رحمه الله : قد » .

(٢) في ب : « من النسب لأمه » .

(٣) « من النسب » ليست في ا و ب .

(٤) في ب : « وهذا لا يحرم » .

(٥) « لأن أخت ابنه . . . في الرضاع » ليست في ح .

(٦) في ب : « وهذا لا يحرم » .

(٧) في الأصل وغيره « وجلة ذلك وهو أن » .

(٨) في ا و ب : « المرضع » - انظر الهامش بعد التالي .

وفي جانب الواطىء الذى ينزل اللبن من وطئه .

والتحريم ^(١) فى جانب المرضعة ^(٢) مجمع عليه . وفى جانب الزوج ^(٣) مختلف فيه : فعندنا يثبت ، وعند الشافعى : لا يثبت .

ولقب المسألة أن لبن الفحل هل يحرم أم لا ؟ ويأنه أن المرأة إذا أرضعت طفلا ، فإنها تحرم عليه ، و ^(٤) صارت أمه له ، وصاحب اللبن صار أباه له ، فإن كان المرضع أنثى ، تحرم على صاحب اللبن ، لكونها بنتا له ، وإن كان ذكرًا تحرم المرضعة عليه ، لكونه ابنا له .

وأولاد المرضعة ، من صاحب اللبن ، إخوة وأخوات المرضع لأب .
وأم وأولاد المرضعة من غير صاحب اللبن إخوة وأخوات له لأم ^(٥) ،
وأولاده ^(٦) من غير المرضعة إخوة وأخوات له لأب .

وكذلك الحكم فى أولاد الأُمّ ولاد من الجانين .

وأمهات المرضعة جداته من قبل الأم ، وأمهات صاحب اللبن جداته من قبل الأب .

وإخوة المرضعة وأخواتها أخواله وخالاته ، وإخوة صاحب اللبن وأخواته أعمامه وعماته ، وبنات الأخوال والخالات والأعمام والعمات ^(٧)

(١) فى اوب و ح : « فالتحريم » .

(٢) و(٣) فى اوب : « المرأة ... الرجل » .

(٤) « تحرم عليه و » ليست فى اوب و ح . ففيها : « فإنها صارت أم المرضع » .

(٥) « وأولاد المرضعة ... له لأم » من ح . وهى فى اوب مع خلاف امضى يسير .

(٦) فى اوب ح : « وأولاد صاحب اللبن » . وفى ب : « وأولاد صاحبة اللبن » .

(٧) « والعمات » ليست فى ح .

من الرضاع حلال، كما في النسب .

ولا يجوز للمرء أن يتزوج بمن أرضعته المرضعة من الإناث .
لأنهن أخواته ، لكونهن بنات لها من جهة الرضاع .

وأصل ذلك أن كل اثنين اجتمعما على ثدي واحد فهما أخوان أو (١)
أختان ، أو أخ وأخت (٢) .

وعلى هذا لو كان لرجل امرأتان فجبلتا منه ، وأرضعت كل واحدة (٣)
منهما ، صغيراً أجنبياً ، فقد صارا أخوين لأب (٤) ، فإن كانت إحداها أنثى ،
لم يجوز لها (٥) أن تتزوج بالآخر ، لآنته أخوها من أبيها ، وإن كانتا اثنتين (٦)
لم يجوز لرجل واحد أن يجمع بينهما ، في النكاح ، لأنهما أختان لأب .
وقد ذكرنا تفسير حرمة الرضاع بسبب الصهرية في كتاب النكاح
فلا نعيده (٧) .

ثم الرضاع المحرم ما كان في حال الصغر . فأما رضاع الكبير : < ف >
لا يتعلق به التحريم .

وأصله قوله عليه السلام : « الرضاع ما أثبت اللحم وأنشز العظم » .

(١) الممزة من ب . وفي غيرها : « و » .

(٢) « أو أخ وأخت » من ب .

(٣) التاء من ا و ب و ح .

(٤) « لأب » ليست في أ .

(٥) كذلك في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لأحدهما » .

(٦) في ب : « وإن كانتا بنتين » .

(٧) راجع فيها تقدم ص ١٨٤ - ١٨٥ .

واختلف أصحابنا في الحد الفاصل :

قال أبو حنيفة : يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهرا ، فما ارتضع بعد ذلك لم يتعلق به التحريم ^(١) .

وقال أبو يوسف ومحمد : إلى الحولين - وهو قول الشافعي ^(٢) .

وقال زفر : إلى ^(٣) ثلاث سنين - والمسألة معروفة .

ولو فطم الصبي ، في مدة الرضاع ، ثم أَرْضِع ، بعد الفصال ^(٤) ، في المدة -

اختلفت الروايات فيه عن أصحابنا :

روى محمد عن أبي حنيفة أن ما كان من الرضاع إلى ^(٥) ثلاثين شهرا ،

قبل الفطام أو بعده : فهو رضاع محرم .

وروى الحسن ^(٦) عن أبي حنيفة أنه قال : إذا فطم ، في السنتين ، حتى

استغنى بالطعام ^(٧) ثم ارتضع ، بعد ذلك ، في السنتين أو الثلاثين شهرا ^(٨) :

لم يكن ذلك رضاعا ^(٩) ، لأنه لا رضاع بعد فطام تام . وإن هي فطمته ،

فأكل أكل ضعيفا لا يستغنى به عن الرضاع ^(١٠) ، ثم عاد فأرضع في

(١) في ا و ب : « حكم » . وفي ح : « لا يتعلق به حكم » .

(٢) « وهو قول الشافعي » ليست في ح .

(٣) « إلى » ليست في ح .

(٤) أي بعد الفطام (راجع القاموس) .

(٥) « إلى » ليست في ح . وفي ا و ب : « في » .

(٦) « الحسن » ليست في ح .

(٧) في ا : « بالطعام » .

(٨) « شهرا » من ا و ب و ح .

(٩) في ا و ح : « رضاعا محرما » .

(١٠) « لأنه لا رضاع ... عن الرضاع » ليست في ب .

الثلاثين^(١): فهو رضاع يحرم ، كرضاع الصغير الذى لم يقطع .
وروى محمد وأصحاب الإيملاء عن أبى يوسف أنه إذا فطم قبل
الحولين ، ثم ارتضع فى بقية الحولين : فهو رضاع محرم ، وهو مذهب
محمد ، وكان لا يعتد بالفطام قبل^(٢) الحولين .
وروى الحسن عن أبى يوسف أنه إذا أَرْضَع^(٣) ، بعد الفطام ، فى
الحولين^(٤) : لم يكن رضاعا .

ثم عندنا: قليل الرضاع وكثيره سواء ، فى حال الصغر ، فى التحريم .
وقال الشافعى : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات .
والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم (الآية) »^(٥)
من غير فصل .

وكذا عندنا : تثبت حرمة الرضاع بلبن الميتة^(٦) .

(١) فى ح : « ثم عاد فأرضع كما كان يرضع أولا فى الثلاثين » . وفى ا و ب : « ثم عاد
فرضع كما يرضع أولا فى الثلاثين » .
(٢) فى ا و ب و ح : « بعد » .
(٣) فى ح : « ارتضع » .
(٤) فى ا : « فى حولين » .

(٥) سورة النساء : ٢٣ وهى كما يأتى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم
وخالاتكم وبنات الأخوات وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاغة وأمهات
نسائكم وربائكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا
جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد ساف لأن
الله كان غفورا رحيما » .

(٦) التاء من ا و ب و ح .

وعند الشافعى : لا يقع به التحريم ، لكونه نجسا .

وإذا وصل اللبن إلى جوف الصبي ، لا من الثدي ، بأن أوجر^(١) أو أسعط^(٢) - تثبت الحرمة ، لأن الوجور^(٣) يصل إلى الجوف ، والسموط^(٤) يصل إلى الجوف أيضا .

ولو حقن الصبي اللبن : ذكر الكرخي وقال : لم يحرم ، ولم يحك خلافا . وروى عن محمد أنه يحرم ، كما يقع به الإيفطار . أما إذا أقطر في الأذن : لم يثبت التحريم ، لأنه لم^(٥) يعلم وصوله إلى الجوف .

وكذا إذا أقطر في إحليله ، لهذا المعنى . وكذلك لو أقطر في جائفة^(٦) أو آمة^(٧) ، لما ذكرنا .

ولو اختلط اللبن بغيره - فهذا على وجوه :

- (١) في الصباح : الوجور : الدواء يصب في الحلق . وأوجرت المريضة لبخارا ، فمات به ذلك .
- (٢) في الصباح : السموط : دواء يصب في الأنف . وأسعطته الدواء ، يمدى إلى فمواين . واستعط زيد .

(٣) في ا و ب : « بالوجور » . انظر الهامش قبل السابق .

(٤) في ا و ب و ح : « والسموط » . انظر الهامش قبل السابق .

(٥) في ب و ا : « لا » .

- (٦) الجائفة هي الجراحة التي تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن (الشلي على الزيلعي ١١٢ : ٦) وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثالث عند الكلام على القصاص فيما دون النفس .
- (٧) الآمة هي الشجة التي تصل إلى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ (الزيلعي ١٣٢ : ٦) . وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثالث عند الكلام على الدببات فيما دون النفس .

إن اختلط بالطعام ، ومسته النار ، حتى نضج وطبخ : لم يتعلق به الحرمة ، في قولهم جميعاً^(١) ، لآئنه تغير ، بالطبخ مع غيره ، عن طبعه وصفته .

وإن اختلط به الطعام ، ولم تمسه النار^(٢) : فإن كان الطعام هو الغالب : لم يثبت به^(٣) التحريم ، لآئنه زال قوة اللبن وصار اللبن كالعدم .

وإن كان اللبن غالباً للطعام^(٤) ، وهو طعام ظاهر^(٥) يعتد^(٦) به : قال أبو حنيفة : لا يقع به التحريم . وقال أبو يوسف ومحمد : يحرم اعتباراً للغالب - فأبو حنيفة يقول إنه يضعف معنى اللبن ، ويحول قوته ، حتى يصير اللبن رقيقاً ضعيفاً يعرف بالمشاهدة .

وإن اختلط اللبن^(٧) بالدواء أو الدهن أو النبيذ : فإن كان اللبن غالباً : يحرم ، وإن كان الدواء غالباً : لا يحرم ، ويعتبر الغلبة ، بالإجماع ، لأن قوة اللبن باقية .

وإن اختلط اللبن^(٨) بالماء : فإن كان اللبن غالباً : يقع به التحريم . وإن

(١) « جميعاً » من ا و ب و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بالنار » .

(٣) « به » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب : « على الطعام » .

(٥) كذا في ب و ح . وفي الأصل وا : « طاهر » .

(٦) في ح : « يتعدا به » . وفي ب : « تمتد به » . وفي ا : « متمد به » .

(٧) و(٨) « اللبن » من ا و ب و ح .

كان الماء غالباً: لا يقع به التحريم، اعتباراً للغالب^(١).
وقال الشافعي: إذا أقطر من اللبن^(٢) خمس رضعات، في جب ماء^(٣)،
فشرب منه الصبي^(٤): تثبت^(٥) الحرمة.

وإن اختلط اللبن باب شاة: تعتبر الغلبة أيضاً، لأن لبن الشاة لا يؤثر
في زوال قوة لبن الآدمية.

وأما إذا اختلط لبن امرأتين - فروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن
الحكم للغالب، فيثبت به التحريم، دون الآخر. وقال محمد وزفر: يثبت
التحريم منهما^(٦)، احتياطاً في باب الحرمة. وهما يقولان: إن المغلوب لا عبرة
به في الشرع.

ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً، ولها منه لبن: فبأدامت في العدة، أو
بعد التزوج بغيره^(٧) قبل ظهور الحمل، لو^(٨) أرضعت صبياً، فإن التحريم
يثبت من الزوج الأول، لأن اللبن له. فأما إذا حبلت من الزوج الثاني،
فأرضعت صبياً: قال أبو حنيفة: التحريم للأول^(٩) دون الثاني، حتى تضع،

(١) «لا يقع به... للغالب» من أ و ب و ح .

(٢) في أ و ب و ح : «من الثدي» .

(٣) «ماء» ليست في ب . وفي أ : «من ماء» .

(٤) في ح : «الصغير» .

(٥) في ب : «تثبت به» .

(٦) في ب و ح : «بهما» .

(٧) «بغيره» من ب و ا . وفي ح كذا : «بعد الزوج وبغيره» .

(٨) في ب : «أو» .

(٩) في ب و ا : «من الأول» .

فإذا وضعت : يكون التحريم للثاني ، دون الأول .

وقال ^(١) أبو يوسف : إذا نزل لها الابن من الثاني ، فالتحريم للثاني ، وبطل الأول .

وروى الحسن عنه أنها إذا حبلت فالابن للثاني .

وقال محمد : إذا نزل لها ابن ، فالتحريم للزوجين ، فإذا وضعت ، فالتحريم للثاني لا غير ^(٢) - وهي مسألة المبسوط ^(٣) .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم الرضاع المقارن للنكاح ^(٤) - فأما الرضاع الطارىء على النكاح : فإنه يبطله ، لأنه يوجب حرمة مؤبدة - بيانه :

— إذا تزوج الرجل صغيرة ، فأرضعتها أمه : حرمت عليه ، لأنهما صارت أختا له بالرضاع .

— ولو تزوج رجل صغيرتين رضيعتين ، فجاءت امرأة وأرضعتها ، معا ، أو واحدة بعد الاخرى ، صارتا أختين من الرضاعة ، وحرمتا عليه ، وبطل نكاحهما ^(٥) ، لأن الجمع بين الاختين يستوى فيه الابتداء والبقاء ، ويجب على الزوج لكل واحدة من الصغيرتين ^(٦) نصف المهر ، لأن الفرقه

(١) في ب : « وروى » . وفي ح : « قال » .

(٢) « لا غير » ليست في ب .

(٣) انظر الكاسانى ، ٤ : ١٠ : ١٥ وما بعده .

(٤) « للنكاح » من ا و ب و ح .

(٥) في ا : « نكاحها » .

(٦) في ا : « لكل واحد من الصغيرين » .

وقعت قبل الدخول بهما^(١) من غير فعلها^(٢) .

ثم ينظر : فإن كانت المراجعة تعمدت الفساد : يرجع عليها^(٣) الزوج بما غرم من نصف المهر ، وإن كانت لم تتعمد : لم يرجع .

وقال الشافعي : يضمن مهر المثل في الوجهين جميعا^(٤) .

والصحيح قولنا ، لأن فعلها سبب الحرمة ، لا اعتدائها^(٥) ، وإنما يكون السبب تعديا بقصد الفساد ، أما بدون قصد الفساد فليس^(٦) بتعمد ، كحفر البئر على قارة الطريق ، وحفر البئر في ملك نفسه .

وإذا ثبت أن الرضاع محرم ، فإنما يعرف بالإقرار^(٧) ، أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . أما لا يثبت بشهادة الرجل الواحد ، ولا بشهادة النساء وحدهن ، لأن هذا مما يطلع عليه الرجال ، فإن النظر إلى^(٨) ثدي المرأة جائز^(٩) في الجملة^(١٠) .

(١) كذا في أ و ب و ح ، وفي الأصل : « بها » .

(٢) في أ : « فعلها » .

(٣) « عليها » ليست في ب .

(٤) « جميعا » ليست في ب و أ .

(٥) كذا في ب و ح ، وفي أ : « لا اعتدائها » . وفي الأصل : « لا عابها » .

(٦) الفاء من ح .

(٧) في ب : « بالإقرار من الزوج » .

(٨) « إلى » ساقطة من ح .

(٩) في ب : « حلال » .

(١٠) زاد في ب و أ : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

العدة

العدة^(١) أنواع ثلاثة : عدة الوفاة ، وعدة الطلاق ، وعدة الوطء .

أما عدة الوفاة :

< ف > في حق^(٢) الحرة أربعة أشهر وعشرا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها زوجها أو لم يدخل ، حرا كان زوجها أو عبدا .

وهذه العدة لا تجب إلا في نكاح صحيح ، لقوله تعالى : «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا (الآية)»^(٣) من غير فصل ، ومطلق اسم الزوج لا يقع على المتزوج نكاحا فاسدا^(٤) .

وأما في حق الزوجة الأمية : فشهرا وخمسة أيام ، كان^(٥) زوجها حرا أو عبدا ، لأن العدة تنصف بالرق وتتكامل بالحرية^(٦) ، ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال ، بالاجتماع .

وإن كانت الزوجة حاملا : فأنقض عدها بوضع حملها ، إذا كان تاما ،

(١) في ح : « قال رحمه الله : العدة » .

(٢) في ح : « في الحرة » .

(٣) البقرة : ٢٣٤ : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير » .

(٤) في ب و ا : « ومطلق اسم الزوج يقع على المتزوج نكاحا صحيحا » .

(٥) في ا و ب و ح : « إن كان » .

(٦) « وتتكامل بالحرية » من ب . وفي ح : « ويتكامل بالحرية » . وفي ا : « ويتكامل

بالحرية » . وانظر فيها بعد ص ٣٦٧ .

أو سقطا مستقيين الخاق ، كله ^(١) أو بعضه ، قصرت المدة أو طالت .

وعند على رضى الله عنه : عدتها أبعد الأجاين .

والصحيح قول عامة العلماء ، لظاهر ^(٢) قوله تعالى : « وأولات الأحمال

أجلهن أن يضعن حملهن » ^(٣) ، والنص مطاق ، وهو آخرهما نزولا ، على

ما روى عن ابن مسعود أنه قال : « من شاء بآهنته » ^(٤) أن سورة النساء

الْقُسْرَى ^(٥) نزلت بعد التي فى سورة البقرة :

وأما عدة الطلاق :

فثلاثة ^(٦) قروء فى حق ذوات الألقراء ، إذا كانت حرة ^(٧) و ^(٨) .

(١) « كله » لبست فى ح و ا . و « كله أو بعضه » ليست فى ب .

(٢) فى ب : « لقوله » .

(٣) سورة الطلاق : ٤ : « واللاتى يئن من الحيض من نساءكم إن ارتبتم فعدن

ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من

أمره يسرا » .

(٤) أى لاعتته - من البهنة وهى اللمة . وبأهل بعضهم بعضا وتبهنلوا وتباهلوا : تلاعنوا

(القاموس) . وقد أورد فى المغرب العبارة عن ابن مسعود وقال : « وروى : لاعتته ، وذلك

أنهم كانوا إذا اختلفوا فى شيء ، اجتمعوا وقالوا : بهلة الله على الظالم منا » .

(٥) كذا فى ا . وفى المغرب وفى الأصل و ح : « القصوى » . وفى القاموس المحيط :

« وسورة النساء الْقُسْرَى سورة الطلاق » .

(٦) الفاء من ا و ب و ح .

(٧) فى كذا : « .. حرة . وفى حق الآية والممند طهرها من جملة ذوات الألقراء فعدتها

بالأشهر ، وفى حق الآية .. »

(٨) الْقُسْرَى بالضم والفتح . ويجمع على أقراء وقُروء . من الاضداد : يقع على الحيض

ولايه ذهب أبو حنيفة وأهل العراق ، وعلى الطهر ولأيه ذهب الشافعى وأهل الحجاز . وهو فى

الأصل لاوقت ، ولأنما قيل للحيض والطهر قرء لأنهما يحيطان فى الوقت - يقال : هبت الريح

لقرتها أى لوقتها (راجع المغرب) .

وفى حق الآيسة ، والصغيرة ، والتي لا تحيض بعد ثلاثين سنة :
ثلاثة أشهر^(١) إذا كان بعد الدخول بها^(٢) ، أو بعد الخلوة الصحيحة ،
فى النكاح الصحيح^(٣) ، لأنها توجب كمال المهر ، فتوجب كمال العدة ،
بطريق الأولى ، احتياطاً .

وأما الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد : < فى > لا توجب العدة^(٤) ،
ولا كمال المهر ، لأن التسليم لا يجب عليها ، فلا^(٥) تقام الخلوة مقامه .

وأما الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح : < فى > إن كان يمكنه^(٦)
الوطء مع المانع ، كالحيض والإحرام ونحو ذلك ، يجب كمال العدة^(٧) ،

دون كمال المهر ، لأنهما يتهمان فى العدة التى هى حق الشرع . وإن كان
لا يمكنه^(٨) الوطء مع المانع حساً ، كالمريض أو المريضة التى لا يقدر^(٩)

الوطء منها^(١٠) ، أو الصغير أو الصغيرة التى لا يتصور الجماع منها^(١١) ، فلا
عدة ، لأنهما لا يتهمان ، ولم يوجد التسليم الذى < أوجب > العدة^(١٢) .

(١) « ثلاثة أشهر » ليست فى ا . وفى ح : « والتي لا تحيض تعنت ثلاثة أشهر » .

(٢) « بها » من ا و ح .

(٣) « الصحيح » ليست فى ح .

(٤) فى ح : « كمال العدة » .

(٥) فى ح : « ولا » .

(٦) فى ح : « يمكن » .

(٧) فى ا : « كمال المهر » .

(٨) فى ا و ب و ح : « لا يمكن » .

(٩) فى ا و ب و ح : « التى تعذر » .

(١٠) فى ب : « منها » . وفى ا : « منها » . (١١) فى ا : « منها » .

(١٢) فى الأصل : « أوجب العدة » . وفى ا و ب و ح : « الذى أوجب العقد » .

وإن كانت الزوجة مملوكة، لغير، فعدتها حيضتان إن^(١) كانت من ذوات الاقراء، وإن لم تحض فشهرا ونصف.

ولا تجب عدة الطلاق قبل الدخول.

والحكم في الخلو الصريحة ما ذكرنا.

وأما أم الولد إذا اعتقت، أو مات سيدها - فعدتها ثلاث حيض، عندنا.

وعند الشافعي: بقرء واحد.

وأصله قوله تعالى: «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء»^(٢).

وقال الله تعالى: «واللأئي يثن من المحيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن»^(٣). وقال: «يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها»^(٤).

وأما في حق الحامل: فعدتها وضع الحمل، لا^(٥) خلاف في المطلقة،

لظاهر قوله: «وأولات الاحمال أجلن أن يضعن حملهن»^(٦). وقال عليه السلام:

«طلاق الأمة ثنتان»^(٧) وعدتها حيضتان. وقال عمر رضي الله عنه: «طلاق الأمة

(١) في ح: «ولن» .

(٢) البقرة: ٢٢٨ .

(٣) الطلاق: ٤ - وقد قدمنا نصها في الهامش ص ٣٦١ .

(٤) الاحزاب: ٩: «فتوهن وسرحوهن سراحا جبلا» .

(٥) في ح: «بلا» .

(٦) الطلاق: ٤ - وقد قدمنا نص الآية كاملا في الهامش ص ٣٦١ .

(٧) في ب: «طلقتان» .

تطليقتان . وعدتها حيضتان ، ولو استطعت لجمعتهما حيضة ونصف ،^(١) .

وأما عدة الموطوءة :

وهي^(٢) التي وطئت بالنكاح الفاسد ، أو شبهة عقد . أو شبهة ملك ، أو كانت أم ولد ، فأعتقها مولاهما ، أو مات عنها^(٣) : فثلاث حيض ، أو ثلاثة أشهر ، أو وضع الحمل ، لأنها ملحقة بالمنكوحه شرعا^(٤) .

ولو طلق الرجل امرأته في مرضه الذي مات فيه ، ثلاثا ، أو طلاقا بائنا ، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها ، فورثت : اعتدت بأربعة أشهر وعشرا ، فيها ثلاث حيض عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عدتها^(٥) ثلاث حيض .

وكذلك امرأة المرتد : يجب عليها العدة ، وترث^(٦) من المرتد ، على^(٧) هذا الخلاف ، في إحدى الروايتين .

وإن كان الطلاق رجعيا ، في صحة أو مرض ، فعدتها أربعة أشهر وعشرا ، وبطل عنها الحيض في قولهم^(٨) ، لأن الزوجية باقية .

(١) « وقال عليه السلام ... ونصف » من ا و ب و ح .

(٢) « وهي » من ا و ب و ح .

(٣) « أو كانت ... عنها » من ا و ب و ح .

(٤) « وأما عدة الموطوءة ... بالمنكوحه شرعا » وردت في ا و ب و ح بعد عدة سطور

تنهى بقوله : « وذكر الكرخي ... فعدتها الشهور في قولهم » .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « عليها » .

(٦) في ب : « عليها العدة إذا وردت من المرتد » .

(٧) في ا و ح : « فلي » .

(٨) في ح : « في قولهم جيبا » .

وموت الزوج يوجب^(١) عدة الوفاة .

وإذا مات الصبي عن امرأته ، وهى حامل ، فعدتها أن تضع حملها ، عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشرا .

والصحيح قولهما ، لظاهر قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلن أن يضعن حملهن »^(٢) .

وذكر الكرخي^(٣) : فإن مات وهى غير حامل^(٤) ، ثم حلت بعد موته ، قبل انقضاء العدة : فعدتها الشهور ، فى قولهم^(٥) .

ثم فى حق من كانت عدته بالشهور ، كيف يعتبر الشهر ؟ بالأيام أو بالأهلة ؟ فنقول :

جملة هذا أن الوفاة أو الطلاق إذا اتفق فى غرة الشهر : اعتبرت الشهور بالأهلة ، وإن نقصت عن العدد - فى قول أصحابنا جميعا^(٦) .

فأما إذا حصل فى بعض الشهر : < ف > قال أبو حنيفة : يعتبر بالأيام ، فتتعد فى الطلاق تسعين يوما ، وفى الوفاة مائة وثلاثين يوما .

وقال محمد : تعتد^(٧) بقية الشهر بالأيام ، ثم تعتد شهرين بالأهلة ،

(١) فى ح : « موجب عليها » .

(٢) الطلاق : ٤ . راجع الهامش ٣ ص ٣٦١ .

(٣) زاد هنا فى ح : « وقال » .

(٤) فى ا و ب و ح : « وهى حائل » .

(٥) فى ح : « فى قولهم جميعا » .

(٦) « جميعا » من ا و ح .

(٧) فى ا و ب : « يعتبر » .

وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام .

وعن أبي يوسف روايتان : فى رواية مثل قول أبي حنيفة . وفى رواية
مثل قول محمد - وهو قوله الأخير .

وأصله قوله عليه السلام : « الشهر هكذا وهكذا »^(١) وأشار بأصابع
يديه ثلاثاً^(٢) وخَنَسَ^(٣) إبهامه^(٤) فى الثالث ، فكان الأصل هو
الأيام هـ عند الإمكان ، وعند التعذر يصار إلى الأيام .

ثم العدتان يتداخلان عندنا^(٥) ، سواء كانتا من جنس واحد ، أو من
جنسين مختلفين^(٦) .

وقال الشافعى : لا يتداخلان ، بل يجب أن تمضى فى المدة الأولى ،
فإذا انقضت استأنفت الأخرى .

وصورة المسألة أن المطلقة إذا مضى بعض عدتها ، وتزوجت فى عدتها ،
فوطئها الزوج ، ثم تاركها^(٧) ، فإنه يجب عليها عدة أخرى ويتداخلان^(٨) .
وكذا إذا كانتا من جنسين ، بأن كان المتوفى عنها زوجها : إذا وطئت
بشبهة : تداخلت أيضاً .

(١) فى ح : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » .

(٢) ثلاثاً « ليست فى ح » .

(٣) خَنَسَ إبهامه قبضها (القاموس) . وفى ا و ب و ح : « وحيس » .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « إبهامه » .

(٥) فى ا و ب و ح : « عند أصحابنا » .

(٦) « مختلفين » ليست فى ا و ب و ح .

(٧) فى ا و ب : « تتركها » . وفى ح : « تداركها » .

(٨) فى ب : « وتداخل » .

ويعتبر ما ترى من الحيض في الأشهر من عدة الوطء - وهي مسألة معروفة.

ثم العدة معتبرة بالنساء: تنصف برقا، وتتكمال بحريتها، بالاجماع^(١) - وإنما الخلاف في الطلاق.

ثم ما عرفت من الجواب في حق المسلمة، فهو الجواب في حق الكتابية إذا كانت تحت مسلم، لأن العدة فيها حق الشرع وحق الزوج والولد، فإن لم تكن مخاطبة بحق^(٢) الشرع، فخاطبة^(٣) بإيفاء حق الزوج والولد. وأما الذمية^(٤) تحت ذمي - فلا عدة عليها في موت ولا فرقة، عند أبي حنيفة، إذا كان في دينهم كذلك^(٥)، إلا أن تكون حاملا، فلا يجوز نكاحها. وقال أبو يوسف^(٦): عليها العدة، لجريان أحكام الإسلام^(٧) عليها^(٨)، بسبب الذمة.

وأبو حنيفة يقول: إنها غير^(٩) مخاطبة بحق^(١٠) الشرع، والزوج لا يعتد العدة حقا لنفسه، فلم تجب لحقه.

أما إذا كانت حاملا: <فتمنع^(١١) من التزويج^(١٢)>، حقا للولد، حتى

(١) راجع فيما تقدم ص ٣٦٠

(٢) في أوب: «لحق» .

(٣) «مخاطبة بحق الشرع فخاطبة» ليست في ح .

(٤) زاد هنا في ب: «التي» .

(٥) في ب: «ذلك» .

(٦) في ح: «أبو يوسف ومحمد»

(٧) في ح: «أحكام الشرع» .

(٨) في أوب و ح: «عليها» .

(٩) غير «ليست في ح» .

(١٠) في أ: «لحق» .

(١١) في ح: «لا تمنع» .

(١٢) في أوب و ح: «التزويج» .

لا يختلط النسب ، فيضيع الولد^(١) .

ثم^(٢) فى النكاح الفاسد : إذا وقعت القرقة ، بعد الوطء ، بتفريق القاضى ، أو بمتاركتها - فإنه تعتبر العدة من وقت التفريق ، لا من وقت الوطء ، عندنا ، خلافاً لـ زفر : فإنه يعتبر من آخر وطئة وطئها .

والصحيح قولنا ، لأن النكاح الفاسد موجود من وجه ، وهو ملحق بالثابت من كل وجه ، فى حق الأحكام ، فلا بد من التفريق حتى تنجب العدة .

وإذا كان الزوج غائباً ، فطلق امرأته أو مات عنها ، والمراة لا تعلم بذلك ، حتى مضت مدة العدة ، فإنه تنقضى^(٣) العدة ، وتعتبر^(٤) من وقت الطلاق . والعلم ليس بشرط لمضى العدة ، فإنها أجل وضع^(٥) لبراءة الرحم ، وإنه يحصل بلا علم .

وأما الممتدطهوها ، فعدتها بالأقراء ، ولا تنقضى بالشهور ، ما لم تدخل فى حد^(٦) الإياس^(٧) ، لأنها من ذوات الأقراء فى الجملة^(٨) .

(١) « الولد » ليست فى الواح .

(٢) « ثم » ليست فى ح .

(٣) كذا فى ب و ا . وفى ح : « ينقضى » . وفى الأصل : « يقضى » .

(٤) فى الأصل و ا و ب و ح : « ويعتبر » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ومضت » .

(٦) فى ب كذا : « فى حق » .

(٧) فى ح : « الآيس » . والإياس أن تناف المرأة من السن ما لا يبيض فى مثانها (انظر

السرخى ، المبسوط ، ٥ : ٢٧) .

(٨) زاد فى ت و ا : « والله تعالى أعلم » .

باب

ما يجب على الممتدة

الممتدة^(١) إما إن كانت عن طلاق، أو عن وفاة.
فإن كانت عن طلاق - ينبغي لها^(٢) أن لا تخرج من بيتها، ليلاً ولا نهاراً،
بل يجب عليها السكنى فى البيت الذى تسكن فيه^(٣)، وأجر السكنى
والنفقة على الزوج.

وأصله قوله تعالى: «ولا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن». إلا
أن يأتين بفاحشة مينة^(٤).

وأما المتوفى عنها زوجها - فلا بأس بأن تخرج بالنهار فى حوائجها،
ولا تبيت فى غير منزلها، الذى تعتد فيه، لأن نفقتها عليها، فتحتاج إلى
الخروج، لإصلاح أمرها.

وعن محمد: لا بأس بأن تبيت فى غير بيتها، أقل من نصف الليل، لأن
البيتوتة عبارة عن السكون^(٥) فى المكان أكثر الليل فى العرف.

(١) فى ح: «قال رحمه الله: الممتدة».

(٢) «لها» ليست فى ب و ا .

(٣) «فى البيت الذى تسكن فيه» ليست فى ا و ح .

(٤) الطلاق : ١ : «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن وأحصوا المدة واتقوا

الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة تلك حدود الله ومن
يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً» .

(٥) فى ا و ح : «السكون» .

ثم منزلها الذى تؤمر بالسكنى ، والاعتداد ، فيه ، هو الموضع الذى كانت تسكنه ، قبل مفارقة الزوج ، وقبل موته ، سواء كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن ، لأن الله تعالى أضاف البيت إليها ، والبيت المضاف إليها هو الذى تسكنه .

ولهذا قال أصحابنا : إنها ^(١) إذا زارت أهلها ، فطلقها زوجها ، كان عليها أن تعود إلى منزلها الذى كانت ^(٢) تسكن فيه ، فتعتد هنالك ^(٣) . فإن اضطرت إلى الخروج ، فلا بأس بذلك ، مثل أن تخاف سقوط البيت وانهدامه ، أو تخاف أن يغار على متاعها ، أو أن يكون بأجرة ولا تجد ما تؤديه فى أجرته ^(٤) فى عدة الوفاة ، فإن كانت تقدر على الأجرة ، فلا تنتقل . وإن كان المنزل لزوجها ، وقد مات عنها ^(٥) ، فلها أن تسكن فى نصيبها إن كان نصيبها ^(٦) يكفيها فى السكنى ، ولكن تستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها . فأما إذا كان نصيبها لا يكفيها ، أو خافت على متاعها منهم : فلها أن تنتقل ، ويكون ذلك عذراً ، والسكنى وجبت ^(٨) حقاً لله تعالى عليها ، فيسقط بالعذر ، كسائر العبادات .

(١) « واليت المضاف ... أصحابنا : إنها » من اوب و ح .

(٢) « كانت » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « فيه » .

(٤) كذا فى ب و ا والكشافى (٣ : ٢٠٥ : ٢ من أسفل) . وفى الاصل :

« ما تؤدى أجرته » . وفى ب : « ما تؤديه من أجرته » .

(٥) « عنها » من اوب و ح .

(٦) « إن كان نصيبها » من اوب و ح .

(٧) فى ب : « لا يكفيها فى السكنى » .

(٨) التاء من ب و ا .

وكذلك المسافرة: حرام أيضاً المطلقة^(١)، سواء كان سفر حج، فرض^(٢) أو غيره، مع زوجها أو محرم^(٣)، حتى تنقضي عدتها، لأن السفر خروج مديد، إلا أن في المطلقة طلاقاً رجعيّاً: للزوج أن يسافر بها إذا راجعها. وقال زفر: لزوجها أن يسافر بها^(٤)، وهذا بناء على أن المسافرة بها مراجعة عند زفر، وعندنا ليس بمراجعة، فأما لا خلاف أن الخروج في حال^(٥) العدة حرام عليها.

ولو خرجت المرأة مع زوجها في سفر غير سفر الحج، ثم طلقها في بعض الطريق: إن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام، وبينها^(٦) وبين مقصدها ثلاثة أيام، فإنها ترجع إلى منزلها، لأنه^(٧) ليس فيها^(٨) إنشاء السفر، وفي ذلك إنشاء السفر. وإن كان في كل جانب أقل من مدة السفر: كان لها الخيار، لما ذكرنا.

وإن كان من كل جانب مدة السفر^(٩) ينظر: إن كانت هي في موضع يمكنها المقام فيه، أقامت في ذلك الموضع، واعتدت، ولا تمضي

(١) في ح: «على المطلقة».

(٢) في ح: «أو فرض».

(٣) في ب و ا: «أو محرم غيره». وفي ح: «أو مع محرم غيره».

(٤) زاد في ح هنا: «إذا راجعها».

(٥) في ب: «في خلال».

(٦) «وبينها» من ا. وفي ح: «بينها».

(٧) في ح: «دون».

(٨) في ح و ا: «فيه».

(٩) في ح: «في كل جانب مدة سفر».

عند أبي حنيفة رضى الله عنه، وإن وجدت محرماً^(١).

وعلى قولها^(٢): إن لم يكن معها^(٣) محرم، فكذلك. وإن كان معها محرم، مضت على سفرها^(٤).

وإن كانت في موضع لا يصلح للإقامة، وتتحاف على نفسها وما لها: فإن شئت مضت، وإن شئت رجعت، لاستواء الأمرين، لكن إذا بلغت إلى أدنى الموضع الذى يصلح للإقامة: فهو على هذا^(٥) الخلاف الذى ذكرنا.

فإن أحرمت للحج، وخرجت^(٦) إلى سفر الحج، مع محرم لها، غير الزوج، ثم طلقها الزوج، أو مات، فبلغها الخبر، وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام: فإنها ترجع، وتصير بمنزلة المحصر^(٧)، فإن راجعها زوجها، بطلت^(٨) العدة، وتعود الزوجية، فجاز لها السفر.

وأما المحرأ^(٩): فيجب^(١٠) على كل معتدة، بالغة، عاقلة، مسلمة، حرة،

(١) «ولن وجدت محرماً» ليست فى ا و ح .

(٢) فى ح : «قولهم» .

(٣) «مها» ليست فى ح . وفى ب : «لها» . وفى ا : «بها» .

(٤) فى ا : «سفرها» .

(٥) «هذا» من ب .

(٦) فى ا و ح : «فإن خرجت» .

(٧) راجع «الإحصار» ح ا ص ٦٣٢ .

(٨) فى ا و ب و ح : «تصل» .

(٩) قال فى المغرب : «حداد المرأة ترك زينتها وخضابها وهو بعد وفاة زوجها لاثباته منعت

عن ذلك أو منعت نفسها عنه . وقد أحدث لإحدادا ، فهى محد . وحدت تعد يضم الحاء وكسرهما حدادا . والحداد أيضا ثياب المأتم السود » . وسيأتى تفسيره فى المتن سد قائل .

(١٠) الفاء من ا و ح .

بانت من زوجها ، بواحدة أو ثلاث ، أو مات عنها زوجها^(١) .
فإن كانت معتدة عن وفاة : يجب الإحداد ، بالإجماع .
وإن كانت عن طلاق ، بأن أو ثلاث ، فكذلك ، عندنا . وعند
الشافعي : لا يجب الإحداد .

وأجمعوا أنه لا يجب الإحداد^(٢) على المطلقة ، طلاقاً رجماً .
وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا يحل لامرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق^(٣) ثلاثة أيام ، إلا على زوجها
أربعة أشهر وعشراً^(٤) » . والمبانة نظير المتوفى عنها زوجها في التحسر على
مافات ، في الغالب ، فيجب الإحداد عليها .

ثم تفسير الإحداد هو الاجتناب عن جميع ما يترين به النساء من
الطيب ، ولبس الثوب المصبوغ ، والمطيب^(٥) ، بالعصفر والزعفران^(٦) ،
والاكتحال ، والادهان ، والامشاط ، ولبس الحلي ، والخضاب ، ونحو ذلك ،
إلا إذا لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ ، فلا^(٧) بأس بأن تلبسه ولا تقصد الزينة .
وقال في الأصل : ولا تلبس قصباً ولا خزاً تترين به ، لأن هذا

(١) « أو مات عنها زوجها » ليست في ا و ح .

(٢) « وأجمعوا أنه لا يجب الإحداد » ليست في ح .

(٣) في ا و ب و ح : « أكثر من » .

(٤) ف ب : « عشرة أيام » .

(٥) « والمطيب » من ب . وفي ا و ح : « الطيب » .

(٦) « العَصْفَرُ صبغ أصفر اللون . والزَّعْفَرَانُ نبات أصفر الزهر له أصل كالصل ويصنع

به (التاموس والمنجد) .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولا » .

مما يلبس للحاجة ، فيعتبر فيه القصد . فإن قصدت ^(١) الزينة : يكره ، وإن لم تقصد : فلا بأس ^(٢) .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم المعتدة ، البالغة ، العاقلة ، المسلمة ، الحرة ، فى النكاح الصحيح ^(٣) .

فأما الصغيرة . والكتائية ، والائمة ، والمذبرة . وأم الولد ، والمكتاتبة ^(٤) ، و ^(٥) الموطوعة عن شبهة أو نكاح فاسد ، فليس عليهن السكنى . ويباح لهن الخروج ، لأن السكنى حق الله تعالى ، والكافرة لا تخاطب به ^(٦) .

فأما الرقيقة ^(٧) : فلا ^(٨) يلزمها المقام فى منزل زوجها ، لقيام حق المولى فى الخدمة ، إلا إذا بوأها مولاه ^(٩) منزلاً . فيئذ لا يخرج ، لأنه أسقط حق نفسه فى الخدمة ^(١٠) . فإن أراد المولى أن يخرجها فله ذلك ،

(١) « قصدت » ليست فى ح .

(٢) زاد فى ب : « به » .

(٣) « فى النكاح الصحيح » ليست فى ا و ح . أما فى ب فالبراءة هى : « ... العاقلة والمكتاتبة الحرة المسلمة فى النكاح » . وسيأتى الكلام على المكتاتبة بمد قليل . انظر الهامش التالى .

(٤) « والمكتاتبة » ليست فى ب . راجع الهامش السابق .

(٥) الواو من ا و ب و ح .

(٦) فى ح : « والكافر لا يخاطب به » .

(٧) فى ا و ب و ح : « فأما الزوجة الرقيقة » .

(٨) الفاء من ب و ا .

(٩) « مولاه » ليست فى ح . وراجع فيما تقدم من ٢٣٤ .

(١٠) « فى الخدمة » من ا و ب . وفى ح : « أسقط حق نصيبه من الخدمة » .

لأنه أعار منفعة خدمته للزوج ، وللمعير أن يسترد العارية ^(١) .
وأما الكتابة: ^(٢) فلها أن تخرج إلا أن يحبسها الزوج ، لحقه ^(٣) في
عدها ، لصيانة الماء ^(٤) ، فتكون السكنى حق الزوج ^(٥) . لأجل الولد ^(٦) .
وأما الصغيرة: فلها الخروج ، وليس للزوج منعها ، لأنه لا يلزمها حق
الشرع ، ولا حق الزوج ، لأن حقه في حفظها لصيانة الولد ، ولا يتصور
الولد في حقها ^(٧) .
وأما أم الولد إذا أعتقت ، أو مات سبدها : فلها أن تخرج ^(٨) ، لأن
عدها عدة الوطء .
وكذلك في الوطء لشبهة ^(٩) ، أو عن نكاح فاسد: لها أن تخرج ^(١٠) ،
لأن ذلك واجب في النكاح الصحيح ، لا غير .
فأما الحداد : < ف > لا يجب على الصغيرة والكافرة ، لأنه ليس
عليهما ^(١١) حق الله تعالى .

(١) في ح : « أن يرجع في العارية » .

(٢) في ب : « وأما الكتابة » ، راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٧٤ وانظر فيما يلي الهامش ٥ .

(٣) كذا في ح . وفي ا و ب و الأصل : « لحفظها » .

(٤) « لصيانة الماء » ليست في ا و ب و ح .

(٥) في ا و ب و ح : « حق المولى » . راجع الهامش ٢ .

(٦) « لأجل الولد » ليست في ا و ب و ح .

(٧) « الولد في حقها » ليست في ح .

(٨) « وأما أم الولد ... فلها أن تخرج » ليست في ح .

(٩) في ا و ب و ح : « عن شبهة » .

(١٠) « لها أن تخرج » ليست في ح .

(١١) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « عليها » .

فأما على الامة ، والمديرة ، وأم الولد ، والمكاتبه إذا كانت زوجته^(١) : < ف > يجب^(٢) الحداد ، لأنه عبادة بدنية ، وإنها لا تسقط بسبب الرق .

وفى عدة أم الولد بعد العتق والموت ، وفى العدة من نكاح فاسد : لا حداد^(٣) أيضاً ، لأنه يجب لحرمة الزوجية ، ولم توجد^(٤) .

. . .

ثم المعتدة إذا قالت « انقضت عدتي » فى مدة تنقضى بها العدة ، غالباً ، فإنها تصدق . لأنها أمانة . والقول قول الأئمين ، فيما لا يخالفه^(٥) الظاهر ، بالإجماع .

ولو لم تترف بانقضاء العدة : لا تنقضى ، لاحتمال أنها تصير^(٦) ممتدة الطهر . فأما إذا أخبرت بانقضاء العدة فى مدة أقل من شهرين : قال أبو حنيفة : لا يصدق فى أقل من شهرين^(٧) . وقال أبو يوسف ومحمد : يصدق فى تسعة وثلاثين يوماً^(٨) .

(١) فى ب و ا : « إذا كانت زوجة » . وفى ح : « إذا كانت زوجته » . وفى الأصل : « إذا كانت تحت زوج » .

(٢) « يجب » من أ . وليست فى ب والأصل . وفى ح : « لا يجب » .

(٣) فى أ و ح : « لا حداد » .

(٤) زاد هنا فى ب : « والله تعالى أعلم » .

(٥) فى أ و ب : « لا يخالف » .

(٦) « تصير » ليست فى ح .

(٧) « فى أقل من شهرين » ليست فى ب . وانظر فيما يلى ٣٧٧ .

(٨) « وتخريج قول أبي يوسف ومحمد أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوماً . =

ولتخريج قول أبي حنيفة رحمه الله وجهان : أحدهما رواه محمد .
والثاني رواه الحسن (١) و (٢) .

= وجه قولها أن المرأة أمانة في هذا الباب ، والأمين يصدق ما أمكن ، وأمكن تصديقها
هنا بأن يحكم بالطلاق في آخر الطهر فيبدأ بالمدة من الحيض فيتميز أقله وذلك ثلاثة ثم أقل الطهر
وهو خمسة عشر يوماً ثم أقل الحيض ثم أقل الطهر ثم أقل الحيض فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوماً .
(الكاساني ٣٠ : ١٩٨ - ١٩٩ . وانظر أيضاً الزياي ٢٤ : ٢٦٠) .

(١) « تخريجه في رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام ثم
بالطهر خمسة عشر يوماً ، ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام فذلك
ستون يوماً .

وتخرجه على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض
عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوماً .
فاتفق التخريج مع اتفاق الحكم .

وجه قول أبي حنيفة على تخريج محمد أن المرأة وإن كانت أمانة في الإقرار باقتضاء المدة
لكن الأمين إنما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر فأما فيما يخالفه الظاهر فلا يقل قوله كالوصى إذا
قال : أفقت على اليتيم في يوم واحد ألف دينار - وما قاله (أي أبو يوسف ومحمد) خلاف
الظاهر لأن الظاهر أن من أراد الطلاق فلأنما يوقفه في أول الطهر ، وكذا حيض ثلاثة أيام فادر
وحيض عشرة تادر أيضاً فيؤخذ بالوسط وهو خمسة ، واعتبار هذا التخريج يوجب أن أقل ما تصدق
فيه ستون يوماً .

وأما الوجه على تخريج رواية الحسن فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر لأن الإيقاع
في أول الطهر وإن كان سنة لكن الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يجرب نفسه في أول
الطهر هل يمكنه الصبر عنها ، ثم يطلق . فكان الظاهر هو الإيقاع في آخر الطهر لأنه يتبرم مدة
الحيض عشرة أيام وإن كانت أكثر المدة لأنها قد اعتبرنا في الطهر أقله ، فلو نقصنا من العشرة في
الحيض لزم النقص في المدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم بأكثر الحيض وأقل الطهر رعاية
للمحققين واعتبار هذا التخريج أيضاً يوجب ما ذكرنا وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون .
(الكاساني ٣٤ : ١٩٨ - ١٩٩ . وانظر : الزياي ٢٤ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٢) « وأما الأئمة :

فند أبي حنيفة : أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوماً وهو أن يقدر كأنه
طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوماً ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوماً
ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون .

وأما على رواية الحسن فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوماً لأنه يجمل كأن الطلاق وقع =

وإن طلقها في نفاسها وهي حرة^(١) :

فقال أبو حنيفة في رواية محمد : لاتصدق ، في أقل من خمسة وثمانين يوماً^(٢) . وفي رواية الحسن : مائة يوم^(٣) .
وقال أبو يوسف : لاتصدق في أقل من خمسة وستين يوماً^(٤) .

= في آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما .

فاختلف حكم روايتها في الأئمة واتفق في الحرة .

وأما على قول أبي يوسف ومحمد : فأقل ما تصدق فيه إحدى وعشرون يوما لانشائها بقدران الطلاق في آخر الطهر وبتبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوما .

(الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . وانظر : الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(١) بأن ولدت امرأتها وطلقها عقب الولادة (الكاساني ، ٣ : ١٩٩) - أو قال لها :

« إن ولدت فأنت طالق » (الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٢) « لأنه ثبت النفاس خمسة وعشرين لانه أو ثبت أقل من ذلك لاحتاج إلى أن

يثبت بعده خمسة عشر يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لأن من أصله أن الدمين في الأربعين لا يفصل بينهما طهر وإن كثر حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دما وفي آخرها ساعة كان الكل تقاسا عنده فبطل النفاس خمسة وعشرين يوما حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الأربعين فإذا كان كذلك كان بعد الأربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . والزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٣) « لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر

طهرا وعشرة حيضا فذلك مائة » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعي ، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١) .

(٤) « لأنه ثبت أحد عشر يوما تقاسا لأن العادة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض

ثم يثبت خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون يوما » (الكاساني ، ٣ : ١٩٩ . والزيلعي ، الموضع سالف البيان) .

وقال محمد: لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوماً وساعة^(١) و(٢).
ووجه تخريج المسألة يعرف في كتاب الحيض - والله أعلم^(٣).

(١) «لأن أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوماً طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر يوماً طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك أربعة وخمسون ساعة» (الكاساني، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعي، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١)

(٢) «ولأن كانت أمة :

فعلی رواية محمد عن أبي حنيفة لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً لأنه يثبت بعد الأربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وستون .

وعلى رواية الحسن عنه : لا تصدق في أقل من خمسة وسبعين لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون

وقال أبو يوسف : لا تصدق في أقل من سبعة وأربعين لأنه يثبت أحد عشر يوماً نقاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك سبعة وأربعون يوماً .

وقال محمد : لا تصدق في أقل من ستة وثلاثين يوماً وساعة لأنه يثبت ساعة قاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك ستة وثلاثين يوماً وساعة » .

(الكاساني، ٣ : ١٩٩ . وانظر الزيلعي، ٢ : ٢٦٠ - ٢٦١)

(٣) في ح : « إن شاء الله تعالى » . وليس في « التحفة » كتاب باسم « كتاب الحيض » وإنما فيها « باب الحيض » وقد تقدم في الجزء الأول ص ٦١ وما بعدها . وراجع أيضاً من الجزء الثاني « باب المدة » ص ٣٦٠ وما بعدها وقد قدمنا في المواضع السابقة وجه تخريج المسألة .

ونلاحظ أن السرخسي قال أيضاً في المبسوط (٦ : ٢٦) : « ثم بين أدنى المدة التي تصدق فيها وهو شهران في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وتسعة وثلاثون يوماً في قولها - وقد بينا هذه المسألة بغروعهما في كتاب الحيض » .

كتاب العتاق

الاعتاق^(١) أنواع :

قد يكون قربة وطاعة لله تعالى - بأن أعتق لوجه الله تعالى ، أو نوى
عن كفارة عليه .

وقد يقع^(٢) مباحاً غير قربة - بأن أعتق من غير نية ، أو أعتق
لوجه فلان .

وقد يقع^(٣) معصية - بأن قال « أنت حر لوجه الشيطان » ، ويقع
العتق أيضاً .

ثم الالفاظ التي تذكر في العتق نوعان :

نوع يثبت به^(٤) العتق في الجملة : إما بالنية ، أو بغير النية .

ونوع لا يثبت به العتق أصلاً ، وإن نوى .

وأما الذي يثبت به العتق - فثلاثة^(٥) أنواع : صريح ، وملحق

بالصريح . وكناية .

(١) في اوب و ح : « العتاق » . وفي ح : « قال رحمه الله : العتاق » .

(٢) و (٣) في ا : « وقد يكون » .

(٤) « به » ليست في ح .

(٥) الفاء من اوب و ح .

أما الصريح :

فما اشتق من لفظ الحرية ، والعق ، والولاء - بأن قال : « أنت حر » أو « حررتك » أو « أنت عتيق » أو « معتق » أو « أعتقتك » أو « أنت مولاي ».

وقد يكون بصيغة النداء - بأن قال : « يا حر » ، « يا عتيق » ، « يا مولاي » .
ففى هذه الالفاظ : لا يحتاج إلى التية ، لكونه صريحا .

ولو نوى به الخبر عن الكذب ، فى هذه الالفاظ : يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأن صيغته صيغة الخبر ، والخبر ^(١) قد يكون كذبا .

وإن نوى أنه كان حرا : فإن كان مسيئا ^(٢) : يصدق فى الديانة ، لافى القضاء ^(٣) . وإن كان مؤلدا ^(٤) : لا يصدق أصلا ^(٥) .

وإن قال « أنت » ^(٦) حر ، ونوى أنه حر من ^(٧) العمل أى « لا أستعمله فى عمل ما » لا يصدق فى القضاء ، ويعتق ^(٨) ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى .

(١) « والخبر » من أ ب .

(٢) فى ب كذا : « ناسيا » . وفى ح كذا : « سيبا » .

(٣) « فى الديانة لافى القضاء » من ح و أ . وفى ب : « يصدق فى القضاء » وانظر الحامش هـ .

(٤) فى ح : « مولود » . وفى ب : « موكدا » .

(٥) عبارة السكاسانى (٤ : ٤٦ : ٧ من أسفل) كما بأتى : « ولو قال عنيث به أنه كان خبرا : فإن كان مولدا لا يصدق أصلا لأنه كذب محض ، وإن كان إنشاء لا يصدق قضاء ، لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الالفاظ ، فلا يصدق فى المدول عن الظاهر ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضي » ، راجع فتح القدير . ٣ : ٣٥٩ .

(٦) فى ح : « أنت » .

(٧) « من » ليست فى ب .

(٨) « ويعتق » ليست فى أ ب و ح .

وكذا إذا قال «أنت مولاي» ونوى الموالاة في الدين : لا يصدق في القضاء ، وبصدق فيما بينه وبين الله تعالى ^(١) .

ولو قال «أنت حر من هذا» ^(٢) العمل ، وسمى عملاً ^(٣) معيناً ، أو قال «أنت حر من عمل» ^(٤) اليوم ، فإنه يعتق في القضاء ، لأن العتق لا يتجراً ، فإذا جعله حراً في بعض الأعمال ، أو ^(٥) جعله حراً عن ^(٦) الأعمال كلها ، في بعض الأزمان ، يثبت في الكل ، ويصدق ^(٧) فيما بينه وبين الله تعالى : أنه أراد به البعض .

وأما اللفظ الملحق بالصرح :

كقوله لعبد «وهبت لك نفسك» أو «وهبت نفسك منك» : فإنه يعتق العبد ، قبل العبد أو لم يقبل ، نوى أو لم ينو .

وكذلك إذا قال «بعت نفسك منك» إلا أنه إذا باع نفسه من العبد ، بثمن معلوم : يشترط القبول لأجل ثبوت العوض .

وروى عن أنى يوسف أنه قال ^(٨) : إذا قال لعبد «أنت مولى فلان» أو «عتيق

(١) «وكذا إذا قال : أنت مولاي... وبين الله تعالى» ليست في ا و ب و ح .

(٢) «هذا» ليست في ح .

(٣) «عملاً» ليست في ح .

(٤) في ا و ب و ح : «العمل» .

(٥) في ب : «و» .

(٦) في ا : «من» .

(٧) في ب : «فيصدق» .

(٨) «قال» من ا و ب و ح .

فلان » : يعتق في القضاء ، لأنه أقر بالحرية ^(١) ، وهو مالك العبد .
 واور قال « أعتقتك ^(٢) فلان » : لا يعتق ، لأنه يحتمل أنه أراد به : أنه
 قال لك ^(٣) « أنت حر الآن » . ويحتمل الخبر . فلا يثبت العتق بالشك ،
 لكن يجوز أن يقال : يعتق في الحالين .
 وأما ألفاظ الكناية :

< ف > أن يقول لعبده « لاسيل لي عليك » أو « لاملت لي عليك »
 أو « خليت سبيلك » أو « خرجت عن ملكي » :
 فإن نوى العتق : يعتق . وإن لم ينو : يصدق في القضاء ، لأنه لفظ مشترك -
 إلا إذا قال « لاسيل لي عليك إلا سبيل الولاء » : فهو حر في القضاء ،
 ولا يصدق أنه أراد به غير العتق .
 ولو قال « إلا سبيل الموالاة » : يصدق في القضاء ، لأنه قد يراد به
 الموالاة في الدين ، بخلاف لفظ الولاء : فإنه مستعمل في ولأء العتق .
 . . .

وأما الألفاظ التي لا يعنى بها ، وإن نوى - بأن قال لعبده ^(٤) « لاسلطان
 لي عليك » ، أو قال لعبده « اذهب حيث شئت » ، أو « توجه أين شئت
 من بلاد الله » ، أو قال لعبده « أنت طالق » أو « طلقتك » أو « أنت بائن »
 أو « أنت على حرام » ، أو قال ذلك ^(٥) لأمته ، وكذلك سائر ^(٦)

(١) في ح : « بالحرمة » .

(٢) كذا في ا و ب . وفي الأصل و ح : « أعتقتك » .

(٣) « لك » ليست في ا و ب . (٤) « لعبده » من ا و ب و ح .

(٥) « ذلك » من ح . (٦) في ح : « في سائر » .

كنايات^(١) الطلاق - ونوى العتق فى هذه الفصول : لا يعتق ، لأنها عبارة عن زوال اليد ، وإنه لا يقتضى العتق ، كما فى الكناية .

ولو قال « يدك أو رجلك حر » ونوى العتق : لا يعتق ، وإنما يعتق إذا أضيف إلى جزء شائع . أو جزء جامع ، بأن قال « رأسك حر » أو « وجهك حر » ، كما فى الطلاق .

ولو نوى فقال « رأسك رأسٌ حرٌّ » أو « بدنك بدنٌ حرٌّ » أو « وجهك وجهٌ حرٌّ » : يعتق .

ولو قال على الإضافة « وجهك وجهٌ حرٌّ » أو « رأسك رأسٌ حرٌّ » أو « بدنك بدنٌ حرٌّ »^(٢) : لا يعتق ، لأن هذا تشبيه .

ولو قال « ما أنت إلا مثل الحر » أو « أنت مثل الحر » ونوى العتق - لا يعتق ، لأنه تشبيه^(٣) . وقد قالوا : إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب الطلاق^(٤) : إذا قال لامرأته « أنت مثل امرأة فلان » وفلان آلى من امرأته ، ونوى الإيلاء : يصدق ، ويصير^(٥) مولياً^(٦) .

ومن الألفاظ التى يثبت بها^(٧) العتق ألفاظ النسب .

(١) كذا فى ا و ب وح . وفى الأصل : « الكنايات » .

(٢) « أو وجهك وجهٌ حرٌّ يعتق ... أو بدنك بدنٌ حرٌّ » ساقطة من ح .

(٣) « ولو قال : ما أنت إلا مثل الحر ... لأنه تشبيه » ليست فى ب و ا . وعبرة : « أو أنت مثل الحر » ليست فى ح .

(٤) فى ب و ا : « ... إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب العتق : لا يعتق ، لأنه تشبيه . وقد قالوا إنه إذا نوى العتق يعتق فإنه ذكر فى كتاب الطلاق ... » .

(٥) فى ح : « ويكون » .

(٦) راجع فيما تقدم ص ٣٠٧ - ٣٠٨ . فى : « باب الإيلاء » .

(٧) « بها » من ا و ب وح .

والأصل فيه أن من وصف مملوكه بصفة شخص يعتق عليه، إذا ملكه - فهو على وجهين ^(١) : أحدهما أن يذكره ^(٢) بطريق الصفة، والآخر أن يذكره ^(٣) بطريق النداء . أما الصفة : < ف > نحو أن يقول « هذا ابني » أو « هذه ابنتي » . والنداء أن يقول « يا بني » ، « يا بنتي » ^(٤) - ولا ^(٥) يخلو : إما إن كان العبد مجهول النسب ، أو معروف النسب من غيره . ولا يخلو : إما إن كان يصلح ولداً ولا يصلح . وكذلك في سائر القربات المحرمة للنكاح . < أما في الصفة > - بأن قال « هذا أحمي » أو « عمي » أو « خالي » : < فقد > ذكر في ظاهر الرواية < أنه يعتق > ، وسوى بين الكل ، إلا في الأخت والأخ . فإنه لا يعتق ، إلا بالنية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه سوى بين الكل وقال : يعتق ^(٦) . وأما النداء - إذا قال « يا بني » ، « يا بنتي » ^(٧) . « يا أمي » . « يا أبي » : فإنه ^(٨) لا يعتق إلا إذا نوى . لأن النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ ، وإنما يراد به استحضار المتداعي ، إلا إذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله ، « يا حر » . « يا مولاي » : < ف > يعتق - لأن في الموضوع لا يعتبر ^(٩) المعنى .

(١) في ح : « فهو حر على وجهين » .

(٢) الهاء من ب . وفي ح : « أن يكون » .

(٣) « أن يذكره » من ب .

(٤) في ح : « يا ابني - أو : يا ابنتي » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فلا » .

(٦) في ح : « لا يعتق » . وانظر الكاساني ، ٤ : ٥٢ ، ٢٣ :

(٧) « يا بنتي » ليست في ح .

(٨) « فإنه » من أ و ب و ح .

(٩) نقل هذه العبارة عن « التحفة » الشلبي على الزيامي (٣ : ٦٩) ولكن فيه : في

الموضوع يعتبر المعنى « أي بدون » لا « . وانظر الكاساني ، ٤ : ٤٦ و ٥٢ .

ثم ينظر :

إن كان مجهول النسب، وهو يصلح ولد له أو والدا: فإنه يثبت النسب، ويعتق .
وإن كان معروف النسب من غيره: فإنه لا يثبت النسب، ولكن يعتق .
لاحتمال النسب منه ، بالكساح ، أو الوطء عن شبهة ، والاشتهار من
غيره ، أو بسبب الزنا .

وعند الشافعى : ما لم يثبت النسب منه : لا يثبت العتق .

وإن كان لا يصلح ولدا ولا والدا ولا عما : قال أبو حنيفة : يعتق .
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لا يعتق .

ولو قال « هذه بنتى » أو « أمى » وهى تصلح لذلك ^(١) :

< ف > إن كانت مجهولة النسب، وليس للمدعى أم معروفة : يثبت
النسب . والعتق ، والحرمة .

وإن كانت معروفة النسب ، أو كانت للمدعى أم معروفة : لا يثبت
النسب ، ولكن يثبت العتق ، والحرمة .

وإن كانت لا تصلح ^(٢) بنتاً له أو ^(٣) أما له : يثبت العتق عند أبي حنيفة ،
ولكن لا تثبت الحرمة .

وهذا إذا لم تكن زوجة له . فإن كانت زوجة له ، فقال « هذه بنتى » أو
« أمى » : < ف > إن كانت معروفة النسب : لا تثبت الحرمة أيضاً . وكذلك
إذا كانت البنت أكبر سناً منه ، والأم أصغر سناً منه - لا تقع الفرقة .

(١) فى اوب و ح : « وهو يصلح لذلك » .

(٢) فى ح : « وإن كان يصلح » . (٣) الممزة من اوب و ح .

وعلى هذا قالوا في الزوجة : إذا قال ^(١) « هذه بنتى » وهى تصلح
بنتاً له . ثم قال « أوهمت » أو « أخطأت » : لم تقع الفارقة ، وإنما تقع إذا
دام على ذلك وثبت ^(٢) .

ولو قال لعبد « هذا ابنى » أو لأمته « هذه بنتى » ثم قال « أخطأت » :
يعتق ، ولا يصدق .

لو قال لأمته ، وهى مجهولة ^(٣) النسب ، وهى أصغر سنأ منه « هذه
بنتى » ثم تزوجها : جاز . سواء أصر على ذلك أم لا - كذلك ذكر فى
كتاب النكاح . ولكن قالوا : هذا الجواب فى معروفة النسب فأما
فى المجهولة ^(٤) : إن دام على ذلك ثم تزوجها : لم يحز ، وإن لم يدم عليه : جاز .
ولو قال لعبد « هذه بنتى » أو لأمته « هذا ابنى » اختلف المشايخ فيه .
ثم فى معروف ^(٥) النسب من الغير إذا أعتق ^(٦) - هل يصير أمه أم
ولده إذا كانت فى ملكه ^(٧) ؟

(١) « إذا قال » من ح .

(٢) كذا فى ا و ب وح . وفى الأصل : « وبأيت » .

(٣) فى ح : « معروفة » .

(٤) فى ح : « فى المجهولة النسب » . وفى ب : « فأما المجهولة » . وفى ا : « فأما فى المجهولة » .

(٥) كذا فى ب و ا . وفى الأصل وح : « معروفة » . وانظر الهامش بعد التالى .

(٦) « إذا أعتق » ليست فى ح و ا . وانظر الهامش التالى .

(٧) فى ح : « ثم فى معروفة النسب من الغير هل يصير أمته أم ولد له إذا كانت فى ملكه ؟ »

راجع الهامشين السابقين .

بعضهم قالوا : لا يثبت الاستيلاد ، سواء كان الولد معروف النسب
أو مجهول النسب .

وقال بعضهم : يثبت في الحالين ^(١) .

وبعضهم فرق : إن كان معروف النسب : لا يثبت ، وفي مجهول النسب ^(٢) :
يثبت ^(٣) .

(١) كذا في ا و ب و ح ، وفي الأصل : « وقال بعضهم » .

(٢) « النسب » لیت فی ح .

(٣) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب آخر

من

المتق

في (١) هذا (٢) الباب فصول :

أمرها - الأمر عتاق بين الشريكين أو الشرأء

والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وعند أبي يوسف ومحمد : لا يتجزأ .

وقال الشافعي : في حالة اليسار : لا يتجزأ . وفي حالة الإعسار : يتجزأ .

فيخرج المسائل على هذا :

- إذا أعتق الرجل عبدا بينه وبين شريكه : عتق نصيبه لا غير ، سواء كان موسرا أو معسرا ، ولشريك المتق خمس خيارات (٣) : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء دبره (٤) ، وإن شاء كاتبه ، وإن شاء استسماه (٥) ، وإن شاء ضمن المتق إن كان موسرا . غير أنه إذا دبره بصير مدبرا نصيبه ، ويجب عليه السعاية ، للحال ، فيعتق ، ولا يجوز له أن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت .

(١) في ح : « قال رحمه الله : في » .

(٢) « هذا » من ح .

(٣) في ا و ح كذا : « ... وبين شريكه عتق نصيبه والشريك ساكت أما إن كان موسرا

أو معسرا فله خمس خيارات ... » .

(٤) في ح : « ولأن شاء دبره إن كان موسرا » .

(٥) ف ب : « وإن شاء استسماه ولأن كان المتق معسرا » . واستسمى العبد كلفه من العمل

ما يؤدى به عن نفسه إذا أعتق سضة ليعتق به ما بقي . والسعاية بالكسر ما كلف من ذلك (القاموس) .

ثم إذا (١) أعتق العبد بإعتاق الشريك نصيبه ، أو بالاستسعاء ، واستيفاء بدل الكتابة ، يكون الولاء بينهما ، لوجود الإعتاق منهما . وإن ضمن المعتق فله معتق أن يعتقه إن شاء ، وإن شاء استسعاء (٢) ، وإن شاء (٣) كاتبه ، أو دبره . لأن نصيبه انتقل إليه في حق الإعتاق ، والمدبر يحتمل النقل في حق الإعتاق لا غير ، فكان له الخيار . كما في الشريك (٤) قبل التضمين ، ويكون (٥) الولاء كله له (٦) . وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله . ثم إن (٧) كان المعتق (٨) موسراً ، فللشريك أن يضمه إن شاء . وإن شاء (٩) ترك ، وليس له أن يستسعى العبد ، وإن كان معسراً له أن يستسعى .

وقال الشافعي : إن كان المعتق موسراً : يعتق كله ، وله أن يضمه (١٠) ؛ وإن كان معسراً : يعتق ما أعتق ، ويبقى الباقي رقيقاً ، ويجوز فيه جميع التصرفات المزية للمالك في نصيبه .

(١) « إذا » من أ و ب و ح .

(٢) ف ب : « استسعى » . راجع المامش ٥ ص ٣٨٩ .

(٣) « شاء » ساقطة من ب .

(٤) في أ و ب و ح : « كما للشريك » .

(٥) التون من أ و ب و ح .

(٦) « له » من أ و ب و ح . وفي ح : « الولاء له » .

(٧) « ثم إن » من أ و ب . وليست في الأصل . وفي ح : « يعتق كله إن كان المعتق موسراً » .

(٨) « المعتق » من أ و ب و ح .

(٩) « ولئن شاء » ساقطة من ح .

(١٠) في أ و ح : « إن كان المعتق موسراً له أن يضمه » .

- ولو كان العبد كله ^(١) لرجل واحد ، فأعتق نصفه ^(٢) ، أو شيئاً مملوفاً منه ، فإنه يعتق بقدره ، وله الخيار في الباقي ^(٣) بين أن يعتق أو يدبر ، أو يكاتب ، أو يستسعى ، ويكون الولاء كله له إذا عتق ^(٤) بالائتاق أو بالسعاية . وعندهما : يعتق كله ، وليس له أن يستسعيه ^(٥) .

- وكذا لو أعتق نصيبه بإذن شريكه . فلا شريك أن يستسعى ، وليس له حق التضمن ، لأنه سقط بالإذن - وهذا قول أبي حنيفة . وعندهما : يسقط الضمان ، وليس له حق الاستسعاء .

- وكذلك لو أعتق نصيب شريكه بإذنه : يعتق عند أبي حنيفة ، وليس له أن يضمن شريكه الذي يقع الائتاق من جهته ، لأنه راض بفساد نصيب نفسه ، بالإقدام على إعتاق نصيب شريكه ، وله أن يستسعى العبد . وعلى قولهما : ليس له أن يستسعى . وقيل إن على قولهما : ينبغي أن يكون له حق التضمن . لأنه ضمان تملك ^(٦) .

- ولو أعتق نصيب شريكه ، بغير إذنه : لا ينفذ عتقه ، لأنه أضاف عتقه ^(٧) إلى ما ليس بمملوك له ^(٨) ، فلا ينفذ ، ويتوقف على إجازته .

(١) « كله » من ا و ب و ح .

(٢) في ب : « نصيبه » .

(٣) في ب : « في الثاني » .

(٤) في ا و ب و ح : « أعتق » .

(٥) في ح : « يستسعى » .

(٦) في ا و ب و ح : « تملك » .

(٧) « عتقه » من ا .

(٨) « له » من ا و ح .

ثم تفسير اليسار الذى يتعلق به وجوب الضمان هو أن يكون المعتق مالكاً لمقدار قيمة ما بقى من العبد ، فلتأو كثر . وتفسير الإيسار أن^(١) لا يقدر على هذا .

ثم إنما تعتبر القيمة فى الضمان والسماية ، يوم الاعتاق ، لأنه سبب الضمان^(٢) .

وكذا يعتبر حال المعتق فى يساره وإيساره^(٣) يوم الاعتاق ، حتى إذا كان موسراً يثبت^(٤) للشريك حق التضمين ، فإذا أعسر المعتق ، لا يسطل حق التضمين ، وإن كان معسراً ، حتى يثبت^(٥) حق الاستسعاء للشريك . ثم إذا^(٦) أيسر المعتق ليس للشريك حق التضمين

ولو اختلفا فى قيمة العبد لا يخلو : إما إن كان العبد قائماً أو هالكا : فإن كان قائماً : إن كانت الحصومة وقعت فى حال الاعتاق ، تعتبر قيمة العبد ، للحال ، ويحكم عليه بذلك ، ويسقط اعتبار البيئة والتحالف . وإن اتفقا أن^(٧) الاعتاق سابق على حال^(٨) الحصومة فلا يمكن

(١) فى - كذا : « وتفسير الاعتاق أنه » .

(٢) زاد هنا فى الأصل : « وكذا يعتبر حال المعتق لأنه سبب الضمان » والظاهر أن هذا تكرار لبارة « لأنه سبب الضمان » و « وكذا يعتبر حال المعتق » التالية .

(٣) « وإيساره » من اوب و .

(٤) فى اوب و : « وثبت » .

(٥) امل الصواب أو الأوضح : « حتى ثبت » - و « حتى » ليست فى .

(٦) « إذا » من اوب و .

(٧) فى - : « على أن » .

(٨) فى ب : « فى حال » .

الرجوع إلى قبعة العبد ، للحال ، لأن قيمة العبد قد تزيد وتنقص ، في هذه المدة ، ويكون القول قول المعتق ، لأنه ينكر الزيادة .

وإن كان العبد هالكا : فالقول قول المعتق^(١) ، لا إنكاره^(٢) الزيادة .
وإن اختلفا في حال المعتق من اليسار والاعسار^(٣) ، والعق متقدم على حال الخصومة : إن كانت مدة يختلف فيها اليسار والاعسار^(٤) :
فالقول قول المعتق ، لأنه ينكر اليسار . وإن كان لا يختلف : يعتبر الحال .

والفصل التالي

إذا قال لعبديه « أحذكما حر » ، أو قال « هذا حر أو^(٥) هذا حر » ، أو سمأهما فقال « سالم حر أو بَرِيع^(٦) حر » : فالملوئى بالخيار بين أن يعين المعتق في أيهما شاء . وكذلك في إعتاق إحدى أمتيه - فإنه^(٧) أثبت المعتق في أحدهما^(٨) ، فهو المبهم^(٩) . فكان البيان إليه .

(١) « لأنه ينكر الزيادة ... المعتق » ليست في ح .

(٢) « الماء » من اوب و ح .

(٣) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « اليسار » وهو في معنى « الاعسار » خطأ (المغرب) .

(٤) « والعق متقدم .. والاعسار » ساقطة من ا .

(٥) « هذا حر أو » من ا . وفي ح : « هذا حر وهذا » - انظر الكسائي ، ٤ : ٥٦ :

٨ من أسفل .

(٦) في ا : « بديع » وفي ب : « برِيع » . وفي ح : « برِيع » . وفي الكسائي (٤ : ٨٥ : ٣ « برِيع » . والصحيح ما في المتن . و « بَرِيعَ الفلام فهو بَرِيع صار ظريفا » (القاموس) .

(٧) في اوب و ح : « لأنه » .

(٨) في ح : « في أحدهما » .

(٩) كلام مبهم لا يعرف له وجه . وأمر مبهم لا مأتى له (المغرب) .

فإذا خاصمه العبدان^(١) إلى الحاكم : أجبره الحاكم^(٢) على أن يعين^(٣) أحدهما ، لأنه تعلق^(٤) به حق العتق^(٥) لأحدهما . فإن لم يختصمه عند الحاكم واختار إيقاع العتق على أحدهما : وقع العتق عليه . حين اختار عتقه ، وهما قبل ذلك^(٦) بمنزلة العبدین ، مادام خيار المولى قائماً فيهما^(٧) .

فأما إذا انقطع خيار المولى ، وأحدهما في ملكه : تعين للعتق^(٨) - بأن مات أحد العبدین .

وإذا مات المولى : يعتق من كل واحد منهما نصفه . لأن الخيار فات^(٩) بموت المولى . ولا يعرف آخر من العبد ، فيشيع فيهما . فإن أخرج المولى أحدهما عن ملكه ، بوجه من الوجوه . بأن باعه^(١٠) أو رهنه^(١١) أو آجره أو كاتبه أو دبره ، أو كاتبا أمتين

(١) في ح : « العبد » .

(٢) « أجبره الحاكم » ليست في ب . وفي ح : « أجبره القاضي » .

(٣) في ح و ا : « يعتق » .

(٤) في ب : « تعين » .

(٥) « العتق » ليست في ب . وفي ا : « حق العبد » .

(٦) في ح : « قبل الاختيار » .

(٧) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « فيهما » وفي ح : « بينهما » .

(٨) في ب : « المعتق » . وفي ح : « العتق » .

(٩) « فات » ليست في ا .

(١٠) « بأن باعه » ليست في ا و ح .

(١١) في ح : « أو وهبه » .

فاستولد إحداهما^(١) ، أو باع أحدهما^(٢) على أنه بالخيار ، أو على أن المشتري بالخيار ، أو باع أحدهما^(٣) بيعاً فاسداً و^(٤) قبضه المشتري ، أو حلف على أحدهما بالاعتاق إن فعل^(٥) شيئاً - فذلك كله اختيار لا يقع العتق في الآخر ، لأن الخير بين الشئين إذا فعل ما يستدل به على الاختيار ، قام مقام قوله « اخترت » - وفي هذه المواضع وجد ما يستدل به على الاختيار ، لانه^(٦) إما أن يزيل الملك ، أو^(٧) هو سبب لإنشاء زوال الملك أو العتق ، أو تصرف لا يجوز إلا بالملك .

فأما إذا وطى إحدى أمتيه التي أبهم العتق فيهما : لا يكون اختياراً للعتق عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن تعلق منه . وعندهما : يكون اختياراً . وكذلك الخلاف^(٨) إذا لمسها لشهوة .

وأجمعوا أنه لو استخدم إحداهما : لا يكون ياناً - والمسألة معروفة .

والفصل الثالث - إعتاق المحل

والأصل فيه أن المحل يعتق بإعتاق الأم ، تبعاً ، ويعتق بإضافة العتق إليه مقصوداً أيضاً ، لانه أصل من وجه ، تبع^(٩) من وجه .

(١) ق ب : « أحدهما » .

(٢) ق د : « إحداهما » .

(٣) ق ا : « إحداهما » .

(٤) ق ب و ح : « أو » .

(٥) ق ب : « أن يفعل » .

(٦) أي ما صدر منه .

(٧) ق ب : « و » .

(٨) ق ا ب و ح : « على هذا الخلاف » . (٩) ق ا ب و ح : « وتبع » .

إذا ثبت هذا نقول :

- إذا قال لأُمته «ما في بطنك حر» - فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر، منذ قال ذلك : يعتق ، وإن جاءت به ^(١) لأكثر من ستة أشهر منذ قال ذلك ^(٢) : لم يعتق . لأننا تيقنا بالعلوق ^(٣) في الفصل الأول ، ووقع الشك في الثاني ، فلا يعتق مع الشك ^(٤) .

فإن ولدته ميتاً بعد القول ، ييوم : لم يعتق ، لأننا لم نعلم ^(٥) حياته عند الإيقاع .

فإن كانت الأمة في عدة من زوج : عتق الولد إذا ولدته ما بينهما ^(٦) وبين السنتين ، منذ وجبت العدة ، وإن كان ^(٧) لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولى ، لأننا نحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج ، فلا بد أن يحكم بوجوده قبل الطلاق ، والعناق متأخر عن ذلك .

- ولو قال «ما في بطنك حر» ثم ضرب رجل بطنها بعد يوم ، فألقت جنيناً ميتاً : ففيه ما في جنين الحرة ، عبداً أو أمة ، لأنه لما وجب ^(٨) الضمان على المضارب ^(٩) شرعاً ، فقد حكم بكونه حياً يوم الاعتاق .

ولو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر ، والآخر لأكثر

(١) « به » من ب و ا ، وفي ح : « بولد » - (٢) « منذ قال ذلك » من ح .

(٣) في ا و ب و ح : « بالعتق » . (٤) في ح : « ولا يعتق بالشك » .

(٥) في ا و ب و ح : « لا نعلم » . (٦) أي فيما بين هذه المقالة وبين السنتين .

(٧) في ح : « كانت » . (٨) في ح : « أوجب » .

(٩) « على المضارب » ليست في ب .

منه، يوم : عتقا ، لأننا تيقنا بعتق^(١) الذى ولدت لأنقل من ستة أشهر ،
والآخر^(٢) < يجب >^(٣) أن يكون موجوداً وهو حمل واحد^(٤) .
فتى^(٥) ثبت حكم الحياة فى أحدهما ، فكذا فى الآخر .

— ولو قال لعبده أو لأنثته «أنت حر إن شئت» أو «خيرت لك»^(٦) فى
إعتاقك «أو جعلت عتقك فى يديك» : فإنه يصح تفويض العتق إلى
الرقيق، ويكون الخيار إليه^(٧) فى المجلس ، والجواب فى العتق فى هذا
الفصل والطلاق سواء . وقد بينا فى كتاب الطلاق^(٨) .

— ولو قال لعبده «أنت حر إن شاء الله» : فإنه لا يعتق .
وما عرفت من الجواب فى استثناء الطلاق ، فهو الجواب فى
العتاق^(٩) . وقد ذكرنا فى كتاب الطلاق .

فصل

قال عامة العلماء :

إن من ملك ذا رحم محرم منه : عتق عليه ، صغيراً كان المالك
أو كبيراً ، صحيح العقل أو مجنوناً .

(١) فى ح : « عتق » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « والآخذ » .

(٣) فى الأصل و ا و ب و ح : « يجوز » . انظر الكاسانى ، ٥٦ : ١٤ .

(٤) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « واخذ » .

(٥) « فتى » ساقطة من ح .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « خير لك » . (٧) فى ب : « له » .

(٨) « وقد بينا فى كتاب الطلاق » ليست فى ح . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٦ .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « العتاق » . وراجع فيما تقدم ص ٢٨٩ وما بعدها .

وقال مالك وأصحاب الظواهر : لم يعتقوا^(١) إلا بإعتاق المالك .
 وقال الشافعي : لا يعتق^(٢) بالملك^(٣) إلا من له ولاد .
 وأجمعوا أنه لا يعتق من كان له رحم غير محرم للنكاح .
 وأهل الذمة وأهل^(٤) الإسلام في ذلك سواء - بخلاف النفقة : فإنها
 تختلف : في الوالدين والمولودين : تنجب ، وفي غيرهم من الرحم المحرم :
 لا تنجب - والمسألة معروفة .
 ولو ملك سهماً من الرحم المحرم^(٥) : عتق . بقدر مملك ، عند أبي
 حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف ومحمد وزفر : عتق كله ، لأن العتق
 يتجزأ عنده ، خلافاً لهم .
 ولو ملك رجلان عبداً ، وهو ابن أحدهما أو ذو رحم محرم منه ،
 بعقد عقده جميعاً ، أو قبلاه جميعاً^(٦) ، من الشراء والهبة والصدقة - لم
 يضمن من عتق عليه لشر يكه شيئاً^(٧) ، ويسعى العبد له^(٨) في نصيبه عند
 أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن الذي عتق عليه نصيبه إن
 كان موسراً .

(١) في ح : « لا يعتقون » .

(٢) « لا يعتق » ساقطة من أ .

(٣) في ح : « بالعتق » .

(٤) « أهل » من ح .

(٥) « لا تنجب ... من الرحم المحرم » ساقطة من ح .

(٦) « أو قبلاه جميعاً » ليست في ب .

(٧) « شيئاً » ليست في ح .

(٨) « له » ليست في ب .

وأجمعوا أنهما لو ملكاه، بسبب الإرث: لم يضمن، الشريك، شيئاً^(١) -
في قولهم جميعاً^(٢) .

وعلى هذا: إذا باع رجل نصف^(٣) عبده من ذى رحم محرم من
عبده حتى عتق عليه^(٤) نصيب المشتري، لم يضمن للبائع^(٥) شيئاً عند
أبي حنيفة، خلافاً لهما. ويستوى الجواب بين ما^(٦) إذا لم^(٧) يعلم أن
الشريك أو المشتري قريب العبد، وبين ما^(٨) إذا علم^(٩) - في جواب
ظاهر الرواية .

وروى بشر عن أبي يوسف: إن كان الأجنبي يعرف ذلك: فإن^(١٠)
العبد يعتق^(١١)، ويسعى للأجنبي^(١٢) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.
وإن كان لا يعلم فهو بالخيار: إن شاء نقض البيع، وإن شاء آثم عليه.
وعلى^(١٣) هذا الخلاف: إذا حلف رجل بعتق عبده إذا

(١) « شيئاً » ليست في أ و ب و ح .

(٢) « جميعاً » ليست في أ .

(٣) « نصف » ليست في أ .

(٤) « عليه » من أ و ح .

(٥) في ح : « البائع » .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و أ و ح : « بينهما » .

(٧) « لم » من أ و ب و ح .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « وبينهما » .

(٩) « وبين ما إذا علم » ليست في أ و ح .

(١٠) و (١١) « فإن » و « يعتق » ليستا في ب .

(١٢) في ح : « الأجنبي » .

(١٣) « على » من أ و ب و ح .

ملكه^(١) ثم اشتراه هو وآخر : لاضمان عليه لشريكه عند أبي حنيفة -
وعندهما : له أن يضمّن - ذكر الخلاف أبو بكر الرازي^(٢) ، وأبو الحسن
الكرخي^(٣) يقول : لا أعرف الرواية في هذه المسألة . ومن أصحابنا
من فرق بين المسألتين - وهذه المسألة تعرف في الخلافات .

فصل

أصل هذا أن العتق المضاف إلى الملك كالمعلق^(٤) في الملك ، عندنا ،
خلافًا للشافعي - وهي مسألة^(٥) معروفة .

إذا ثبت هذا نقول :

- إذا قال : كل مملوك لي فهو حر : فإنه يقع على ما هو مملوكه للحال .
- وكذا إذا قال : كل مملوك أملكه فهو حر ، ولا نية له : فهو على
مملوك له يوم حلف ، ولا يقع على ما يحدث فيه الملك ، لأن قوله
« أملك » صار عبارة عن الحال ، باعتبار العرف . فإن من قال « أشهد
أن لا إله إلا الله » يكون مسلمًا .

وحكم المسألة أن كل من كان في ملكه من ذكر أو أنثى ، قن^(٦)

(١) في ح : « يعتق عبدا إذا ملك حراً منه » .

(٢) راجع ترجمته في الهامش ٥ ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

(٣) « الكرخي » ليست في ح . راجع ترجمته في الهامش ٣ ، ص ١٠٩ .

(٤) في ح : « كالمعلق » .

(٥) « وهي مسألة » ليست في ب .

(٦) العبد القن الخاص بالبودة خلاف المدبر والمكاتب (المغرب) .

أو مدبر ومدبرة^(١)، أو^(٢) أم ولد وأولادها^(٣) : فإنه يعتق، من غير نية، لأنه مملوكه .

فأما المكاتب: <ف> لا يعتق إلا بالنية، لأنه غير مضاف إليه مطلقاً .
ويدخل العبد المرهون، والعبد المستأجر^(٤)، والعبد الذي عليه دين مستغرق .
فأما عبيد عبده^(٥) المأذون : <ف> إذا لم يكن على العبد
المأذون^(٦) دين : فلا يدخلون عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا بالنية ،
لأنهم لا يضافون إلى المولى مطلقاً . وقال محمد : يعتقون . لأنهم ملكه على
الحقيقة . وإن كان على المأذون دين مستغرق : لم^(٧) يعتق عند أبي حنيفة ،
وإن نواهم، لأنه لا يملك أكسابه عنده^(٨) . وقال أبو يوسف : إن نواهم ،
عتقوا ، لأنهم ملكه ، لكن لا^(٩) يضافون إليه مطلقاً . وقال محمد :
يعتقون بالنية ، لأنهم ملكه ، والمعتبر عنده الملك، دون الإضافة .
ولا يدخل في هذا الكلام الحمل : نحو أن يكون موصى له بالحل .
- وكذلك لو قال « إن اشتريت مملوكين فهما حران » فاشتري أمة
حاملًا : لم يعتقا^(١٠) .

-
- (١) « ومدبرة » ليست في أ و ب و ح .
(٢) الهزة من ب و ا ، وفي الأصل و ح : « و » .
(٣) في أ و ح : « وأولادها » . راجع الهامش السابق .
(٤) « والعبد المستأجر » من ب . وفي أ و ح : « والمستأجر » .
(٥) كذا في أ و ب و ح ، وفي الأصل : « عبد » .
(٦) « إذا لم يكن على العبد المأذون » من ح . وفي ب و ا : « إن لم يكن عليه » .
(٧) في ب : « ولم » .
(٨) في أ و ب : « أكساب عبده » .
(٩) « لا » ليست في ب .
(١٠) « وكذلك لو قال : إن اشتريت مملوكين » ليست في أ و ب و ح انظر الهامش بدالتالي .

- وكذلك لو قال لا أمته « كل مملوك لى حر ^(١) » : لم يعتق حماتها ^(٢) ، لأنه لا يسمى مملوكاً على الإطلاق ، فإن كانت الأمّة فى ملكه : يعتق الأم والولد جميعاً ، لكن الولد يعتق بحكم التبعية ، لا بحكم اليمين . فإن عنى به الذكور دون الإناث لم يدين فى القضاء ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه نوى ^(٣) تخصيص كلامه .

- ولو نوى فى قوله « كل مملوك أملاكه » الاستقبال دون الحال : فإنه يقع على ما فى ^(٤) ملكه ، وما يملك فى المستقبل ، جميعاً ، لأن اللفظ ظاهره ^(٥) فى العرف للحال ، فلا يصدق فى صرف الكلام عنه ، ويقع العتق على ما سيملكه ^(٦) ، بإقراره بالعتق ^(٧) فيها هو ملكه < فى المستقبل > ^(٨) .
- ولو قال « كل مملوك أملاكه اليوم » وله مملوك ، فاستفاد فى ذلك اليوم ممالك : عتق الكل .

- وكذلك إذا قال « هذا الشهر » و « هذه السنة » ، لأن التوقيت دلالة على اشتمال اليمين على من يملكه فى المدة ، فعتقوا جميعاً .
فإن قال « عتيت أحد الصنفين دون الآخر » : دين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء ، لأنه ادعى تخصيص العموم .

(١) فى ب : « كل مملوك لى غيرك حر » .

(٢) « نحو أن يكون موسى له بالحل - وكذلك ... لم يعتق حماتها » ليست فى ا و ح .

(٣) « نوى » ليست فى ح .

(٤) « فى » ليست فى ح .

(٥) فى ا و ح : « ظاهر »

(٦) فى ح : « فيقع العتق على ما يستملكه » .

(٧) فى ا : « العتق » . وفى ح : « وبالعتق » .

(٨) انظر الكاسانى ، ٤ : ٦٧ : ١٧ .

-ولو قال «كل مملوك أملكه الساعة فهو حر» - فهذا على ما ملكه تلك الساعة، دون غيرها^(١)، ولا يعتق ما يستفيد المالك فيه^(٢) في ساعته تلك، لأن المراد بقوله «الساعة» هو الحال في العرف، دون «الساعة» التي عند المنجمين، فكان المراد به ما كان في ملكه في الحال التي حاف^(٣).

فإن قال «أردت من أستفيد المالك فيه في هذه الساعة» فقد نوى ما يحتمله كلامه، وهو الساعة الزمانية، وفيه تشديد على نفسه، فيصدق في دخول ذلك في عيته، ولا يصدق في صرف العتق عن كان في ملكه.

- ولو قال «كل مملوك أملكه غدا فهو حر» ولا نية له: قال محمد رحمه

الله في الجامع: إنه يدخل فيه من كان ملكه في اليوم^(٤) ودام إلى الغد، ومن استفاد ملكه^(٥) في الغد أيضاً، وهو قول محمد، واعتبر جانب الحال^(٦) كأنه قال: «كل مملوك^(٧) أنا مالكة^(٨) غدا فهو حر». وقال أبو يوسف رحمه الله: يعتق ما يملكه في الغد، دون ما جاء الغد^(٩) وهو في ملكه، واعتبر جانب الاستقبال، لوجود الإضافة إلى زمان مستقبل.

- وعلى هذا الخلاف: إذا قال «كل مملوك أملكه رأس الشهر».

(١) «لأنه ادعى تخصيص... دون غيرها» ليست في ب.

(٢) «فيه» من ب.

(٣) في أ: «لحال الذي حاف».

(٤) «في اليوم» ليست في ح. وفي ب: «من كان في ملكه اليوم».

(٥) «ملكه» ليست في ح. و أ.

(٦) في ح: «الحول».

(٧) «مملوك» من أ و ب و ح.

(٨) في ح: «إن أملكه».

(٩) «دون ما جاء الغد» ليست في ح.

— وأجمعوا أنه إذا قال « كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر » أنه على ما هو في ملكه غدا ، لأن مجيء الغد شرط ، ومن أضاف العتق إلى شرط ، يدخل في العتق ما كان مملوكه يوم الحلف دون ما يستفيده .
 — ولو قال « كل مملوك أملكه إلى سنة أو إلى ثلاثين سنة » : فإنه يقع على ما يستقبل ، بلا خلاف ، وأولها من حين حلف^(١) بعد سكوته ، لأنه خاص^(٢) للاستقبال ، بدلالة العادة .

— وكذلك لو قال « كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو أملكه سنة أو أملكه أبدا^(٣) » أو^(٤) إلى أن أموت » : فإنه يدخل فيه ما استأنف فيه الملك ، دون ما كان في ملكه . فإن قال « أردت بقولي أملكه سنة » أن يكون في ملكي سنة من يوم حلف < ت > : « دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يدين في القضاء ، لأن الظاهر أن هذا الكلام يراد به الاستقبال ، فلا يصدق على خلاف الظاهر في القضاء .

— ولو قال لعبده « إن دخلت الدار^(٥) فأنت حر » ، فباعه ، فدخل الدار ، ثم اشتراه ، فدخل الدار ثانيا : لم يعتق ، وإن لم يدخل الدار بعد البيع : عتق ، لأن البيع^(٦) لا يزول اليمين^(٧) ، لأن بقاء الملك ليس بشرط لبقاء اليمين ،

(١) « حلف » من ح و ا . وليست في الأصل . وفي ب : « الحاف » .

(٢) في ا و ح : « خاص » . وفي ب : « خاص » .

(٣) « أبدا » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « لهذا » .

(٤) « أو » ليست في ح .

(٥) « الدار » ليست في ح .

(٦) في ب و ح : « البيع » .

(٧) « اليمين » ليست في ب .

فإذا بقيت اليمين؛ فإذا اشتراه ودخل، فوجد^(١) الشرط، والعبد في ملكه، فعتق^(٢). فأما إذا دخل بعد البيع: ينحل اليمين، لا إلى جزاء، لوجود شرط الحنث، فإذا دخل بعد ما ملكه ثانياً، فقد وجد الشرط، ولا يمين، فلا^(٣) يثبت به العتق.

- ولو قال لعبد «إن دخلت هاتين الدارين فأنت حر»، فباعه، فدخل إحداهما ثم اشتراه، فدخل الأخرى: عتق، لأن العتق معلق بدخول الدارين، وإنما ينزل^(٤) عند دخول الأخرى^(٥). فيشترط قيام الملك، عنده، لأنه حال نزول الجزاء، والملك كان موجوداً عند^(٦) اليمين، وحال دخول الدار الأولى ليست حال انعقاد اليمين ولا حال نزول الجزاء، فلا يشترط فيه الملك^(٧).

(١) في ح: «ودخل في ملكه فقد وجد». وفي أ: «فدخل في ملكه فوجد».

(٢) في ح: «فيعتق». وفي أ و ب: «يعتق».

(٣) في ح: «ولا».

(٤) في ح: كذا: «يرأ».

(٥) كذا في ح: «وفي الأصل: «الآخر». وفي ب و أ: «عند وجود الأخيرة».

(٦) كذا في أ و ب و ح: «وفي الأصل: «عقد»».

(٧) زاد في ب و أ: «والله تعالى أعلم».

باب أم الولد

يحتاج^(١) في الباب إلى تفسير الاستيلاد ، وإلى بيان حكم أم^(٢) الولد .

أما الأول - فنقول :

أم الولد كل^(٣) مملوكة^(٤) ثبت نسب ولدها من مالك لها أو من^(٥) مالك لبعضها - فإن المملوكة إذا جاءت بولد ، وادعاه المالك ، يثبت نسبه ، وتصير الجارية^(٦) أم ولد له .

وإذا كانت مشتركة ، فجاءت بولد ، فادعاه أحدهما : يثبت النسب منه ، وتصير الجارية كلها أم ولد له ، ويضمن قيمة نصيب شريكه ، ويضمن نصف العقر ، ويكون الولد حرا . فإن ادعاه الآخر^(٧) ، يثبت النسب منهما ، جميعا ، وتصير الجارية أم ولد لهما .

وكذلك لو ثبت نسب ولد مملوكة ، من غير سيدها ، بنكاح ، أو

(١) في الأصل : « قال رضي الله عنه : يحتاج » . وفي ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « أم » من أ و ب و ح .

(٣) « كل » ليست في ب .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل و ا : « مملوك » .

(٥) « من » من ب .

(٦) في ا و ح : « الجارية كلها » .

(٧) في ب : « ولأن ادعياء معا » .

وطء شبهة ، ثم ملكها - فهي أم ولد له ، من حين ملكها ، لا من وقت العلوق - وهذا عندنا . وعند الشافعي ^(١) : لا تصير الجارية أم ولد له ^(٢) . وأجمعوا أنه إذا ملك الولد يعتق عليه - وهي من مسائل الخلاف ^(٣) . ثم الولد ، سواء كان ميتاً أو حياً ، أو سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه ، إذا أقر به ، فهو بمنزلة الولد الكامل الحى ^(٤) ، فى صيرورة ^(٥) الجارية أم ولد له ، لأن الولد الميت يسمى ولداً ^(٦) له ، وتعلق به أحكام كثيرة .

وإن لم يستتب خلقه ، وادعاه المولى : لا تكون أم ولد له ، لأن هذا لا يسمى ولداً ، ويجوز أن يكون لحماً أو ^(٧) دماً عبيطاً ^(٨) . وروى عن أبي يوسف أن المولى إذا قال « حمل هذه الجارية ^(٩) منى » أو « هى حبل منى ^(١٠) » أو « مافى بطنها من ولد فهو منى » : ثبت النسب ، وتصير أم ولد له .

ولو قال هكذا ، ثم قال بعد ذلك « لم تكن حاملاً وإنما كان ريحاً » ،

(١) « ثم ملكها فهي أم ولد ... وعند الشافعي » ليست فى ب .

(٢) « له » ليست فى ح .

(٣) فى ب : « الخلافات » .

(٤) « أو ميتاً أو سقطاً ... الكامل الحى » ليست فى ح .

(٥) فى الاصل : « صيرورته » . وفى ا و ب و ح : « صيرورة » .

(٦) فى ب و ح : « لأن أم الولد الميت يسمى أم ولد » .

(٧) فى ح : « و » .

(٨) الدم العبيط هو الدم الطرى (المترب) . وفى ا : « غايظا » .

(٩) فى ب : « الأمة » .

(١٠) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « هى حكى » .

فصدقته الامة : فهي أم ولد له ، لأن هذا إقرار بكون الولد منه ، فلا يصح رجوعه ، ولا يعتبر تصديقها^(١) في حق الولد .

وأما حكم أم الولد - < فنقول > :

إنه لا يجوز إخراجها عن ملكه بوجه من الوجوه .

ولا يجوز فيها تصرف يقضى إلى بطلان حقها في^(٢) حق الحرية .

ويجوز إعاقها وتديرها وكتابتها لما فيه من إيصال حقها إليها معجلا .

ويجوز استخدامها ووطؤها وإجارتها لأنها باقية على ملكه .

وهذا قول عامة العلماء ، خلافا لأصحاب الظواهر .

وإذا جاءت أم الولد بولد ، فإنه يثبت نسبه من غير دعوة^(٣) ، لأنها

صارت فراشا للمولى ، إلا أنه ينتفى بمجرد الذنى^(٤) ، بخلاف فراش النكاح :

فإنه لا ينتفى إلا باللعان .

وإذا زوج أم الولد ، فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا - فهو ابن

الزوج ، لأن فراش المولى^(٥) زال بالتزويج . فإن ادعى المولى نسب

هذا الولد : لم يثبت نسبه منه^(٦) ، لأن الفراش الظاهر لغيره ، ولكن

يعتق عليه ، لأنه أقرب به^(٧) على نفسه ، وهو محتمل .

(١) في ب : « تصديقها » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل واو ح : « من » .

(٣) في ح : « دعوة » .

(٤) « الذنى » ليست في ح .

(٥) « المولى » ليست في ب .

(٦) « منه » من ا و ب و ح .

(٧) « به » من ب و ا .

ويستوى الجواب بين ما إذا كان النكاح فاسداً وَوَطَّئَهَا الزَّوْجُ ،
أو جازئاً ، لأن المرأة تصير فراشا بالنكاح الفاسد^(١) .

ولو زال ملك الموتى عنها بموته ، حقيقة ، أو حكماً بالردة واللعن
بدار الحرب ، وهي حية : يعتق من جميع^(٢) المال ، ولا تسمى للوارث
ولا للغيريم ، بخلاف المدبر : فإنه يعتق من الثلث .

ويجب على أم الولد بعد الموت أن تعتد بثلاثة أقرء .

وكذلك^(٣) لو أعتقها في حال الحياة على ما مر .

وحكم ولد أم الولد حكم الأم ، لأنه تابع^(٤) للأم حالة الولادة .

ثم أم الولد لا تضمن عند أبي حنيفة بالغصب ، ولا بالتبض في البيع
الفاسد ، ولا^(٥) بالاعتاق - بأن^(٦) كانت أم ولد بين رجلين . فأعتقها أحدهما :
لم يضمن المعتق لشريكه ، ولم تسع أيضاً في شيء .

وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن في ذلك كله ، كالمدبرة^(٧) والامة^(٨) -

ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال^(٩) عند أبي
حنيفة رحمه الله - خلافاً لهما .

(١) « ووطئها الزوج ... الفاسد » است في ح .

(٢) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « بجميع » .

(٣) كذا في ب و ا . وفي ح : « وكذا » . وفي الأصل : « فكذلك » .

(٤) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « لأنها تابعة » .

(٥) في اوب و ح : « ولو » . وانظر الهامش التالي .

(٦) في ح : « فإن » .

(٧) في ب : « كالمدبر » .

(٨) في ا : « كالمدبرة وأم الولد » .

(٩) في ح : « غير مال » .

وأجمعوا أن المدبر^(١) متقوم .

وروى عن محمد في الإيماء أنه قال : إن أم الولد تضمن في الغصب عند أبي حنيفة بما يضمن به الصبي الحر إذا غصب - أراد بهذا أنها إذا ماتت من سبب حادث من جهة الغاصب ، بأن ذهب بها إلى طريق فيه سباع فأتلفها ونحو ذلك .

وأجمعوا أنها تضمن بالقتل^(٢) ، لأن دمه متقوم ، وضمان القتل ضمان دم ، وهي من مسائل الخلاف - والله أعلم^(٣) .

(١) في ح : « المدبرة » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بالقتل » .

(٣) في ب : « والله أعلم بالصواب » .

باب

(١)

المدير

في الباب (٢) فصلان : بيان المدير ، وبيان حكمه .

أما الأول - فنقول :

المدير نوعان : مطلق ، ومقيد .

فالمطلق من تعاقب عتقه بموت المولى مطلقا ، من غير قيد الموت بصفة ولا بشرط آخر سوى الموت .

والمقيد نوعان :

أحدهما - أن يكون عتقه معلقا بموت موصوف بصفة ، بأن قال : « إن مت من مرضي (٣) هذا أو من سفرى هذا » .

والثاني - أن يكون عتقه (٤) معلقا بموته وبشرط آخر (٥) سواء .

• • •

ثم التدبير المطلق له ثلاثة أنواع من الألفاظ :

أحدها - صريح اللفظ : مثل أن يقول « دبرتك » أو « أنت مدير » .

وروى هشام عن محمد رحمة الله عليهما : إذا قال لعبده « أنت (٦) مدير بعد

(١) في ح : « المدير » .

(٢) في ح : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٣) « مرضي » ليست في ح .

(٤) « عتقه » من ح .

(٥) « آخر » ليست في ح .

(٦) في ح : « عن محمد أنه قال : أنت »

موتى» : < فإنه يصير مديرا للرجال ، لأن المدير اسم لمن يعتق عليه عن دبر موته ، فقوله : « أنت مدير بعد موتى » و « أنت حر بعد موتى »^(١) سواء . وكذلك إذا قال « أعتقتك بعد موتى » أو « أنت حر بعد موتى »^(٢) ، أو « أنت حر عن دبر موتى »^(٣) .

والثاني - بلفظة اليمين : بأن قال « إن مت فأنت حر » أو « إن حدث لي حدث فأنت حر » - ونحو ذلك .

والثالث - لفظ الوصية : بأن قال « أوصيت لك برقبته » أو^(٤) أوصى له بثلاث ماله - فيدخل فيه رقبته أو بعض رقبته ، لأن الإيصاء للعبد برقبته إزالة ملكه عن رقبته^(٥) . لأنه لا يثبت له الملك في رقبته فيبيع^(٦) نفس العبد منه إعتاق . فيصير كأنه قال « أنت حر بعد موتى » .

وأما حكم المدير المطلق - فنقول < :

إنه يعتق في آخر جزء من أجزاء^(٧) حياته إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج يعتق ثلثه ، ويسعى في ثلثيه^(٨) .

(١) في ح : « أنت حر عن دبر منى » .

(٢) « أو : أنت حر بعد موتى » ليست في اوب و ح .

(٣) في ح : « عن دبر منى » .

(٤) في ب و ح : « إذا » .

(٥) « أو بعض رقبته . . . عن رقبته » ليست في ب .

(٦) في الأصل و اوب و ح : « كبيع » - وفي الكسائي ، ٤ : ١١٣ : ١٢ :

« فهذا الطريق جعل يبيع نفس العبد ، وهبتها له ، إعتاقا » .

(٧) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « من آخر » .

(٨) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « ثلثه » . وفي الكسائي (٤ : ١٢٣ : ٢) : =

وكذلك الجواب في المدبر المقيد : إنه يعتق من الثالث .
 وأما حكمه في حالة الحياة : < فإنه ثبت له حق الحرية ، أو الحرية من
 وجه ، فلا يجوز إخراجه عن ملكه إلا بالائتاق أو بالكتابة ، ولا يجوز
 فيه تصرف يبطل حقه ، أما مالا يبطل حقه : < ف > يجوز .
 ولهذا لا يجوز رهن المدبر ، لأن فيه نقل الملك في حق الحبس .
 ولو زوج المدبرة : جاز .
 وكذلك لو أجره ^(١) ، لأن هذا تصرف في المنفعة .
 وكذا أكساب المدبر . والمدبرة ، ومهرها . وأرشها - للمولى ، لأن
 المدبر باق على ملكه

وولد المدبر المطاق حكمه حكم أمه ^(٢) : يعتق بموت المولى
 وهذا كله مذهبتنا - وقال الشافعي : يجوز بيع المدبر المطاق -
 والمسألة معروفة .

وأما حكم المدبر المقيد - < فنقول > :
 في حال الحياة : إنه لا يكون مدبرا حقيقة ، للحال ، حتى يجوز جميع
 التصرفات فيه .

وأما حكمه بعد الموت : فالذي علق عتقه بموت موصوف بصفة بأن

« وإذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فإن كن كلمة يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال
 آخر سواء يعتق كله ولا سعاية عنيه ولأن لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسمى في الثنتين
 لورته » فالمنع أنه يعتق فيه بقدر ثلث تركته ، ويسمى في باقيه إن لم يخرج من ثلث التركة .
 (١) الهاء من ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أمها » .

قال « إن مت من مرضى هذا » أو « إن مت من سفرى هذا » أو « إن قتلت ^(١) » أو « غرقت » : فإنه إذا مات من ^(٢) غير ذلك الوجه لا يعتق ، لأنه لم يوجد الشرط ، وهو الموت بصفة . وإن مات من مرضه أو سفره : فإنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته ، ولا يحتاج إلى إعتاق الورثة ، لأنه لم يتأخر عتقه عن الموت .

فأما إذا أخر عتقه عن الموت ^(٣) ، بأن قال « أنت حر بعد موتى بساعة » أو « بيوم » أو « بشهر » ونحوه فإنه لا يعتق بالموت ، لأنه أخر عتقه عن الموت إلى وقت ، فيكون مضافاً إلى الوقت ، فإذا جاء الوقت لا يعتق ، ولكن يعتقه الوصى أو الوارث أو القاضى ، لأن هذا وصية بالائتاق ، لأن الميت لا يكون من أهل الايتاق .

وكذلك ^(٤) الجواب فى المدبر ^(٥) الذى علق ننتقه بموته وبشرط آخر : بأن قال « أنت حر بعد موتى وموت فلان » أو « إن مت أنا وفلان فأنت حر » أو قال « إن مت و ^(٦) دخلت الدار » أو « إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى » : فإن وجد الشرط قبل الموت ، بأن مات فلان أو كلم فلانا : صار مدبراً مطلقاً ، لأنه بقى عتقه معلقاً بالموت ، لا غير .

(١) فى ١ : « فملت » .

(٢) فى ٢ : « فى » .

(٣) « فأما إذا أخر عتقه عن الموت » ليست فى ب .

(٤) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و د : « فكذلك » .

(٥) « المدبر » من ا و ب و د .

(٦) فى ١ : « أو » .

وأما إذا مات هو أولاً ثم مات فلان : فإنه لا يعتق .
وكذلك ^(١) إذا مات ثم دخل العبد الدار : فإنه لا يعتق ، لانه لم
يوجد الشرطان .

وأما إذا وجد موت فلان أو دخول الدار ، فكذلك ، لأن المولى
خرج من أن يكون من أهل الاعتاق بالموت . ولكن يجعل هذا وصية
بالاعتاق ، فينبغي للوصى أن يعتقه .

وما عرفت من الجواب في الموت ^(٢) الحقيقي ، فهو الجواب في الموت
الحكمي ، وذلك نحو ^(٣) أن يرتد المولى ، ويحقق ^(٤) بدار الحرب ،
و > ي < قضى القاضى بإحقاقه ، لأن المرتد حكمه حكم الميت في
الأحكام - والله أعلم ^(٥) .

(١) زاد في هنا : « الجواب » .

(٢) في ب و ا : « في المدبر في الموت » .

(٣) في ح كذا : « جواب » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لحق » .

(٥) في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب الكتابة

يحتاج^(١) في الباب إلى : تفسير الكتابة ، وإلى بيان حكمها .

أما الأول - فنقول :

الكتابة عقد مشروع ، مندوب إليه ، لأنه^(٢) سبب العتق : قال الله تعالى : « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا »^(٣) .

ثم الكتابة نوعان : حالة ومؤجلة .

أما الكتابة الحالية فجائزة عندنا - وعند الشافعي : لا تجوز ، على عكس السلم : فالسلم الحال^(٤) لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي^(٥) : السلم الحال جائز .

وأما الكتابة المؤجلة : فجائزة ، بلا خلاف .

(١) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « لأنه » من ا و ب و ح .

(٣) التور : ٢٣ والآية : « وليستغف الذين لا يجدون نكاحا حتى يشفيهم الله من فضاه والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ولا تكرهوا فتيانكم على البغاء إن أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فلإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم » .

(٤) في ح : « الحال » .

(٥) في ب حصل تكرار مشوش إذ تكررت عبارة « لا يجوز عندنا » عقب

« وعند الشافعي » .

وتفسيرها أن يقول الرجل لعبده «كاتبتك على ألف درهم على^(١)»
أن تؤدى إلى كل شهر كذا على أنك إذا أدت فأنت حر . وكذلك
إذا قال: إذا أدت إلى ألف درهم: كل شهر منه كذا - فأنت حر - وقبل
العبد: فإنه يكون كتابة، لأن معنى الكتابة ليس إلا الاعتاق على مال
مؤجل^(٢) منجم بنجوم معلومة^(٣) - ولكن إنما يجوز إذا قبل بدل^(٤)
الكتابة، لأنه عقد معاوضة، فلا بد من الإيجاب والقبول.

وكذلك لو قال^(٥) «كاتبتك على ألف درهم» ونجمه، وسمى النجوم،
وقبل العبد - فإنه يكون كتابة^(٦)، وإن لم يعاق العتق بالأداء، ولم يقل
«على أنك إن^(٧) أدت إلى ألفا فأنت^(٨) حر»، لأنه عقد معاوضة، فيعتق
بحكم المعاوضة، لا بحكم الشرط.

وعلى قول الشافعي: لا بد من ذكر التعليق بشرط الأداء.
ولهذا - إنه لو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة: يعتق، ولو كان معلقا
بالأداء: لا يعتق، بدون الشرط.

(١) في ب: «أو على».

(٢) «مؤجل» ليست في ب.

(٣) التاء من ا و ب و ح. أى فى أوقات معينة ودين منجم: جعل نجوما أى يؤدى فى
أوقات معينة (انظر المغرب والقاموس)

(٤) «بدل» ليست في ا.

(٥) «قال» من ا و ب و ح.

(٦) «كتابة» ليست في ا.

(٧) في ب: «إذا».

(٨) التاء من ا و ب و ح.

وأما حكم الكتاب - فنقول :

أما حكمها قبل أداء الكتابة :

<ف> أن يكون أحق بمنافعه ومكاسبه ، ويبقى على ملك المولى حتى لو أعتق عن كفارة يمينه ، جاز ، عندنا . خلافاً لشافعى - وهى مسألة كتاب الايمان . وأجمعوا أنه لو أدى بعض ^(١) بدل الكتابة ، فأعتقه عن الكفارة :

لا يجوز ، لأنه يصير فى معنى الاعتاق على عوض من وجه .

ولو أراد المولى أن يمنع من الكسب : ليس له ذلك ، لأن الكسب حق المكاتب .

ولو تزوج : لا يجوز ، لأنه ليس من ^(٢) باب الكسب ، وفيه ضرر بالمولى : بازوم المهر فى رقبته .

ولا يجوز فيه نصرف يفضى إلى إبطال حق المكاتب ، من البيع والشراء والائجارة والرهن ونحوها - فلا ^(٣) يجوز فيه إلا الاعتاق ، والتدبير ، لأن فيه منفعة له .

ثم عقد الكتابة لازم فى حق المولى ، حتى لا يملك فسخه إلا برضا المكاتب ، وغير لازم فى حق المكاتب حتى إن له أن يعجز نفسه ، فيفسخ عقد الكتابة بدون رضى المولى ، إلا أنه إذا أخل بنجم فلم يؤد وعجز عنه ، للمولى أن يفسخ ^(٤) العقد ، وروى عن أبى يوسف أنه لا يفسخ ،

(١) « بعض » ليست فى ح .

(٢) فى ب : « لأنه يصير من » .

(٣) فى ا و ب و ح : « ولا » .

(٤) « عقد الكتابة بدون ... المولى أن يفسخ » ليست فى ح .

ما لم يخل بنجمين^(١) - لأنه لو لم يثبت حق الفسخ عند الامتناع عن الأداء ، يتضرر به المولى .

فأما حكم الأداء :

فإنه إذا أدى البدل بتمامه : يثبت العتق ، لأنه عقده معاوضة ، فمضى سلم البدل يسلم المبدل ، ويكون أكسابه وأولاده سالمين له . فيعتق أولاده^(٢) بعتقه . وكذلك إذا أبرأه المولى عن البدل ، لأنه حق المولى ، فيقدر على إسقاطه عنه ، كما في سائر الديون .

. . .

وإذا مات المكاتب :

< فإن مات عاجزاً فإنه يفسخ عقد الكتابة ، لأنه لا فائدة في بقائه . فأما إذا مات عن وفاء^(٤) فإنه يؤدي بدل كتابته من تركته ، فيأخذ المولى^(٥) ، فيعتق عن^(٦) آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق^(٧) أولاده ، وما فضل من التركة ، يكون ميراثاً لورثته الأحرار .

وكذلك إذا لم يترك وفاء ، ولكن ترك ولداً مولوداً في الكتابة ، فإن الولد يقوم مقامه في أداء البدل ، لكونه مكاتباً تبعاً له ، فإذا عجز الأصل قام التبعية مقامه ، وإذا أدى يعتق المكاتب وولده .

(١) في ح : « بنجم » .

(٢) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « وأولاده » .

(٣) في أ وب « لو » .

(٤) في ح : « وفائه » .

(٥) « فيأخذ المولى » ليست في أ .

(٦) في أ وب و ح : « فيعتقني » .

(٧) في أ وب و ح : « ويقتى » .

وبين الفصلين فرق في حق بعض الأحكام على ما يعرف في الزيادات
إن شاء الله تعالى .

ولو قال لعبده « إذا أدبت إلى ألف درهم فأنت حر » أو « إذا أدبت
إلى قيمتك فأنت حر » - فأداه ، يعتق . لأن العتق معلق بالأداء ، فإذا^(١)
وجد شرطه - قال الكرخی : ولا يكون هذا كتابة ، وإن كان فيه
معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاء بالبدل ، فإنه يجبر على قبوله ،
أى يصير^(٢) المولى قابضاً له كما^(٣) في الكتابة .

وبيان التفرقة بينهما في مسائل :

- فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء ، وترك مالا ، فالمال كله للمولى ،
ولا يؤدي عنه ، فيعتق . بخلاف الكتابة .

- وكذا لو مات المولى ، وفي يد العبد كسب ، فالعبد رقيق يورث
عنه ، مع أكسابه ، بخلاف الكتابة .

- ولو كانت هذه أمة ، فولدت ، ثم أدت ، لم يعتق ولدها^(٤) - بخلاف
المكاتبة إذا ولدت ، ثم أدت ، فعتقت ، يعتق ولدها^(٥) .

- ولو قال العبد للمولى « حط عنى مائة » فحط المولى عنه ، فأدى تسعمائة^(٦) :

(١) فب : « بالأداء . وقد » . وفى ا و ح : « بالأداء فقد » .

(٢) فى ح : « قبوله بأن يصير » .

(٣) « كما » من ا و ب و ح .

(٤) « بخلاف الكتابة ولو كانت ... ولدها » ليست فى ح .

(٥) « ها » من ا و ب و ح .

(٦) فى ح : « فحط المولى تسعمائة » . فليس فيها : « عنه فأدى » .

فإنه^(١) لا يعتق - بخلاف الكتابة .

- ولو أبرأ المولى العبد عن الألف : لم^(٢) يعتق . ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة : يعتق .

- ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه : يجبر على القبول عند أبي يوسف . وقال محمد في الزيادات : لا يجبر على قبولها^(٣) ، فإن قبلها : عتق . وكذلك لو رد إليه ، بخيار أو ببيع .

ولو باع المكاتب : لا يجوز إلا برضاه . ومتى رضى ينفسخ الكتابة . وذكر في «الأصل» : إذا قال لعبده^(٤) « إن أدت إلى ألفا فأنت حر » - > فإن ذلك على المجلس ، لأن العتق معلق باختيار العبد ، فكأنه قال : أنت حر إن شئت . وروى عن أبي يوسف أنه لا يقف على المجلس ، لأن^(٥) العتق معلق بالشرط^(٦) ، فلا يقف على المجلس ، كقوله : إن دخلت الدار .

وأما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة ، وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده « أنت حر على ألف درهم » فقبل العبد ، فإنه يعتق من ساعته ، ويكون البدل^(٧) واجبا في ذمته ، لأنه أعتقه

(١) ألفاء من ح .

(٢) « تسمة ٠٠ عن الألف لم » ليست في ب .

(٣) في ح : « قبولها » .

(٤) الهاء من ب و ا .

(٥) « لأن » ليست في ح .

(٦) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « متعلق الشرط » . وفي ب : « متعلق بشرط » .

(٧) « البدل » من ا و ب و ح .

بعوض ، فنتى قبل يزول العوض عن صاحبه كما^(١) فى البيع .
وكذا إذا قال لعبد « أنت حر على قيمة رقبتك » ، فقبل ذلك :
فإنه يعتق .

وكذا لو أعتقه على مكيل أو موزون ، موصوف فى الذمة ، معلوم
الجنس ، يجوز ، فإن هذا يصلح عوضاً فى البيع .

ولو أعتق على عوض بعينه^(٢) ، وهو ملك غيره : فإنه يعتق - فإن
أجاز المالك : يستحق عنه ، وإن لم يحز : يجب على العبد قيمة رقبته .
وكذلك لو أعتق على عرض^(٣) ، بغير عينه ، معلوم الجنس :
جاز^(٤) : فإن كان موصوفاً : فعليه تسليمه ، وإن لم يكن موصوفاً : فعليه
الوسط من ذلك ، فإن جاء بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المهر .
ولو أعتقه المولى^(٥) على مجهول الجنس بأن قال « أنت حر على ثوب » :
يعتق ، ويلزمه قيمة نفسه ، لأن جهالة الجنس تمنع صحة البدل ، كما فى المهر
فلو أدى إليه العرض^(٦) ، فاستحق من يد المولى : < فيه > إن
كان بغير عينه فى العقد : فعلى العبد مثله ، لأنه لم^(٧) يعجز عن الذى هو

(١) « كما » من اوب و ح . وفى اوب : « يزول العوض ... » .

(٢) فى ا : « على عوض فى الذمة بعينه » . وفى ح : « ولو أعتق لا على عوض لا فى

الذمة بعينه » .

(٣) فى ب و ح : « عرض » .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « جائز » .

(٥) « المولى » من ح .

(٦) فى ب و ح : « العوض » .

(٧) « لم » ساقطة من ا .

موجب العقد . وإن كان عينا في العقد ، وهو عرض ^(١) أو حيوان : فإنه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد ^(٢) : يرجع بقيمة المستحق .

وعلى هذا الخلاف - إذا باع نفس العبد ، منه ، تجارية ، ثم استحقت الجارية أو هلك ، قبل التسليم - فعندهما : يرجع بقيمة العبد ، وعنده : يرجع بقيمة الجارية - وهي مذكورة في الخلافات ^(٣) .

(١) في ح : « عرض » .

(٢) « يرجع ... محمد » من اوب و ح .

(٣) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

وراء العتاقة

الولاء^(١) يثبت للمعتق بالإعتاق شرعاً ، دون المعتق .
 و^(٢)أصله ما روى أن رجلاً سأل النبي عليه السلام فقال : «إني اشتريت عبداً فأعتقته^(٣) » فقال عليه السلام : «إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك . هو أخوك^(٤) ومولاك ، وإن مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصيته » .

ثم الولاء يثبت به الإرث ، والعقل ، وولاية النكاح : قال عليه السلام : «الولاء لكمة النسب : لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث»
 ثم الولاء كما يثبت بحقيقة الإعتاق ، يثبت أيضاً بحق العتق ، فإن ولاء المدبر يثبت بالتدبير للمدبر ، ولا ينتقل عنه ، وإن عتق من جهة غيره ، لأن الولاء قد ثبت بحق الحرية للمدبر ، والولاء لا يحتمل القسح ، ولا^(٥) يتحول عنه .

وصورة المسألة أن مدبرة بين شريكين جاءت بولد ، فادعاه أحدهما ،

(١) في ح : « قال رحمه الله : الولاء » .

(٢) الواو من ا و ب و ح .

(٣) « فقال : إني ... فأعتقته » ليست في ب . وفي ح : « فأعتقه » .

(٤) « هو أخوك » ليست في الأصل .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فلا » .

ثبت نسبه منه ، وعتق عليه ، وغرم نصيب شريكه منه ، والولاء بينهما .
وكذلك مدبر بين شريكين : أعتقه أحدهما وهو موسر ، فضمن^(١) ،
عتق بالضمان ، ولم يتغير الولاء عن الشركة عند أبي حنيفة ، وعندهما : إذا
أعتق أحدهما نصيبه ، عتق جميعه ، والولاء بينهما .

ثم الولاء يثبت لكل معتق ، بأى وجه . حصل العتق ، سواء كان
المعتق رجلاً أو امرأة ، مسلماً أو كافراً ، إلا أن الكافر لا يرث المسلم^(٢)
لكفره ، حتى لو أسلم يرث بالولاء الذى يثبت له بالاعتاق .
قال عليه السلام : « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق
من أعتقن (الحديث) »^(٣) .

لكن المعتق يرث بالولاء بطريق التعصيب ، وهو آخر العصبات
عند عامة الصحابة ، وهو قول عامة العلماء : فإن لم يكن سواء ، وارث :
فالسكل له ، وإن كان معه أصحاب الفرائض يعطى أصحاب الفرائض^(٤)
فرائضهم ، والباقي له .

وقال ابن مسعود : هو آخر ذوى الأرحام ، حتى إذا لم يكن للمعتق
أحد من الأقرباء يكون له .

(١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « بضمن » .

(٢) « السلم » من ب .

(٣) فى ب : « من أعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتبين » . وكذا الكاسانى ، ٤ : ١٦٥ :

٢٤ فالحديث فيه : « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتبين » .

(٤) « أصحاب الفرائض » من ا .

وإذا مات المعتق فإنه لا يورث^(١) الولاء، حتى يكون^(٢) لا أصحاب
الفرائض فرائضهم والباقي للعصبة - لما روينا أنه لا يورث، ولكن
يكون^(٣) الولاء للذكور من عصبة المعتق : الأقرب فالأقرب على
ما يعرف في كتاب الفرائض^(٤) .

(١) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « لا يرثه » .

(٢) في ب و ا : « حتى لا يكون » - وكلاما جائز فإذا قلنا « حتى يكون » فإنه يكون

تمثيلا للورثة المنفية ، وإذا قلنا « حتى لا يكون » فإنه يكون بيانا للحكم .

(٣) « يكون » من اوب و ح . وفي ح : « لا يورث ويكون » .

(٤) زاد في ب هنا : « والله أعلم » .

باب

ولاء الموالاة

الأصل^(١) في شرعية عقد^(٢) الموالاة قوله تعالى : « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبتهم »^(٣) .

وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدي رجل وقال له « أنت مولاي : ترثني إذا مت ، وتعقل عني إذا جيت » وقال الآخر « قبلت » : فينقصد بينهما عقد الموالاة^(٤) .

وكذا إذا قال : « واليتك » ، وقال الآخر : « قبلت »^(٥) .

وكذلك إذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يديه .

وكذلك اللقيط : إذا عقد مع غيره عقد موالاة .

وشروط صحة عقد الموالاة أن لا يكون للعاقد وارث مسلم .

وإذا انعقد عقد^(٦) الموالاة ، يصير مولى له ، حتى لو مات ، ولم يترك

(١) في ح : « قال رحمه الله : الأصل » .

(٢) في ح : « ولاء » .

(٣) النساء : ٣٣ : « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبتهم إن الله كان على كل شيء شهيدا » .

(٤) « فينقصد ... الموالاة » من أوب وح .

(٥) « وكذا ... قبلت » من ب و أ . وفي ح كذا : « وكذا قال في الترتيب والآخر :

قبلت » ، وفي الشلبي على الزيامي (١٨٠ : ٥) هذا النص عن التحفة جاهوها .

(٦) « عقد » من أوب وح .

وارثا، يكون ميراثه لمولاه^(١)، ولو^(٢) جنى يكون عقله عليه، وبلى عليه في الجملة^(٣).

وللمولى الأسفل أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم^(٤) يعقل المولى الأعلى عنه، فإذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء إلى غيره، وصار العقد لازما، إلا إذا اتفقا على النقص.

ولو أراد أحدهما نقض الموالاة^(٥)، بغير محضر من صاحبه لم ينتقض. ولو كان رجلا لا يس له وارث مسلم، وهما مسلمان، في دار الإسلام، فوالى أحدهما صاحبه ثم والاه^(٦) الآخر: فعند أبي حنيفة يصير الثاني مولى للأول^(٧) ويبطل ولأول، وعندهما: كل^(٨) واحد منهما مولى لصاحبه. فهما يقولان إن الجمع بين الولاءين ممكن، فإنه يجوز أن يكون شخصان كل واحد منهما يرث من صاحبه ويعقل عنه، كالأخوين وأبى الأم، فلا يتضمن صحة أحدهما انتقاض الآخر، بل يثبتان جميعا: وأبو حنيفة يقول إن المولى الأسفل تابع للمولى الأعلى، وهو فوقه^(٩)، كالمعتق

(١) في ح: «أولاه».

(٢) في ب: «ولولا».

(٣) في ح كذا: «عقله عليه في الحماية» هـ.

(٤) كذا في أ و ح. وفي الأصل: «بولائه إلى غيره العقد لازما إلا إذا اتفقا على النقص ولو أراد أحدهما ما لم...» وفي العبارة كما هي: «والمولى الأسفل أن يتحول بالولاء إلى غيره وصار العقد لازما إلا إذا اتفقا على النقص» هـ أ.

(٥) «المولاة» من أ و ب و ح.

(٦) في ح كذا: «أحدهما صاحبه وولاه».

(٧) في أ و ح: «مولى الأول».

(٨) «كل» من أ و ب و ح. (٩) كذا في ح. وفي الأصل و أ و ب: «وقوم».

تابع للمعتق ، ولهذا يبلى الاعلى على^(١) الأسفل ويعقل عنه ، ولا يجوز أن يكون التبعية متبوعا لمتبوعه ، والمتبوع تبعاً لتبعه ، وإذا لم يجز الجمع بينهما فيتضمن صحة الثانى انتقاض الأول .

ثم مولى الموالاة آخر الورثة حتى إذا لم يكن للميت أحد من الورثة^(٢) ، قريب أو بعيد ، يرث ، وإلا فلا - وهذا عندنا .

وقال الشافعى : إنه لا يرث بولاء^(٣) الموالاة . ويكون ماله لبيت المال . وعلى هذا الخلاف : لو أوصى بجميع ماله لإنسان ، ولا وارث له : يصح عندنا - وعند الشافعى : لا يصح - وهى مسألة كتاب الفرائض^(٤) ،

(١) « على » من ا و ب و ح .

(٢) « من الورثة » ليست فى ح .

(٣) فى ح و ب : « مولى » .

(٤) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الأيمان

ذكر^(١) محمد في «الأصل» وقال: الأيمان ثلاثة : يمين تكفر ،
ويمين لا تكفر ، ويمين نرجو^(٢) أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها .

أما اليمين^(٣) التي تكفر

فهي اليمين على أمر في المستقبل .

وهي أنواع : إما أن يعقد على ما هو متصور الوجود عادة^(٤) ، أو
على ما هو مستحيل غير متصور الوجود أصلاً ، أو على ما هو متصور الوجود
في نفسه لكن لا يوجد على مجرى العادة - وهذه الجملة قد تكون في
الاثبات وقد تكون في النفي ، وتكون مطلقة وموقوتة .

أما النوع الأول :

<ف> إن كان في الإثبات مطلقاً بأن قال «والله لا أكلن هذا الرغيف»
أو «لأتين البصرة» : فإدام الحالف والمحلف عليه قائمين ، فهو على يمينه ،

(١) في ح : «قال رحمه الله : ذكر» .

(٢) في ح : «أرجو» .

(٣) كذلك في ا و ب و ح . وفي الأصل : «الأيمان» . انظر فيما بعد الأنواع الأخرى

حيث يقول : «اليمين» (ص ٤٣ و ٤٣٦) .

(٤) في ح : «الوجود في نفسه عادة» .

لتصور البر، وهو الفعل مرة في العمر، فإذا هلك أحدهما صار تاركاً للبر،
فيحنت في يمينه .

وإن كان في موضع النفي مطلقاً بأن قال « والله لا آكل هذا الرغيف »
أو « لا أدخل هذه الدار » : < فإن ^(١) فعل مرة حنث، لأنه فات البر .
وإذا هلك الخالف أو ^(٢) المحاوف عليه قبل الفعل : لا يحنت، لأن
شرط بره هو الامتناع عن الفعل ، ولا يتصور ذلك < الفعل > بعد
هلاك الخالف أو هلاك المحاوف عليه ^(٣) .

وأما الموقته صريحاً في الإثبات، كقوله « والله لا أكل هذا الرغيف
اليوم » : < فإن مضى اليوم، والخالف والمحاوف عليه قائمان، يحنت في
يمينه. لأنه فات البر، لفوات ^(٤) وقته المعين .

أما إذا هلك أحدهما في اليوم : < فإن هلك الخالف قبل مضى
اليوم : لا يحنت بالإجماع ^(٥) . وإن هلك المحاوف عليه وهو الرغيف قبل
مضى اليوم : أجمعوا أنه لا يحنت في الحال ما لم يمض اليوم ، ولا تجب
الكفارة، حتى لو عجل الكفارة لا يجوز. واختلفوا فيما إذا مضى اليوم : قال

(١) « إن » من اوب و ح .

(٢) في ح : « و » .

(٣) في ا و ح : « لأن شرط بره هو الامتناع وأن لا يوجد العمل من جهته وقد تقرر عدم
بالهلاك » اهـ .

(٤) في ب : « يفوات » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ... قبل مضى اليوم لا يحنت بالإجماع وإن
هالك المحاوف عابه ، وهو الرغيف . قبل مضى اليوم ، لا يحنت بالإجماع . وإن هلك المحاوف
عليه وهو الرغيف ... » وهو تخليط من الناسخ نشأ عن تكرار عبارة « قبل مضى اليوم » .

أبو حنيفة ومحمد؛ لا يحنث في يمينه. وقال أبو يوسف: يحنث و^(١) تجب الكفارة. وعلى هذا^(٢) الخلاف - إذا قال: «والله لأقضين دين فلان غدا»، فقضاه، اليوم، أو أبرأه صاحب الدين، اليوم، ثم جاء الغد. وكذلك على هذا - في اليمين^(٣) بالطلاق^(٤) والعتاق، بأن قال: «إن لم أشرب هذا الماء اليوم فامرأته طالق»^(٥) أو عبده حر، ثم أهرق الماء قبل مضي اليوم: لا يحنث عندهما، حتى لا يقع الطلاق^(٦) والعتاق عند مضي اليوم، وعنده يحنث عند مضي اليوم^(٧).

وحاصل الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين^(٨) عندهما، وعند أبي يوسف: ليس بشرط، إنما الشرط أن يكون اليمين على أمر في المستقبل على ما ذكر، فلما^(٩) كان تصور البر شرطاً عندهما لانعقاد اليمين، فيكون شرطاً لبقائها، فإذا هلك المحلوف عليه، خرج البر من أن يكون متصوراً، فتبطل اليمين، فإذا مضى الوقت، فوجد شرط الحنث، ولا يمين، فلا يحنث، كما إذا^(١٠) هلك الخالف، وعنده: لما لم يكن تصور البر شرطاً

(١) «و» من أ و ب و ح .

(٢) «هذا» من أ و ب و ح .

(٣) في ب: «اليمين» . وفي ح: «وكذلك هذا واليمين» .

(٤) «بالطلاق» ليست في أ .

(٥) في ح: «إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق» .

(٦) «الطلاق» ساقطة من ح .

(٧) «لا يحنث عندهما حتى . . . عند مضي اليوم» ليست في ب .

(٨) في أ و ح: «لانعقاد البر» .

(٩) في أ: «لا» .

(١٠) في ب: «فلا يحنث فإذا هلك» .

الانعقاد ، لا يكون شرط البقاء ، فتكون باقية ^(١) ، فوجد الخث ^(٢) في آخر اليوم ، والحالف من أهل وجوب الكفارة ، فيلزمه ، بخلاف ما إذا مات الحالف ، لأنه وجد شرط الخث ، لكن الحالف ليس من أهل وجوب الكفارة ^(٣) بعد الموت : فلا يجب ^(٤) .

وأما إذا حلف على النفي بأن قال « والله لا آكل هذا الرغيف اليوم » : فإن مضى اليوم قبل الأكل ، بر في يمينه ، لأنه وجد ترك الأكل في اليوم كله . وإن هلك الحالف أو ^(٥) المحالوف عليه بر في يمينه أيضا ، لأن شرط البر عدم الأكل ، وقد تحقق .

. . .

وأما إذا عقد اليمين على فعل لا يتصور وجوده أصلا ^(٦) :

بأن قال : « والله لا شرب الماء الذي في هذا الكوز » وليس في الكوز ^(٧) ماء ، < ف > لا ينعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ، وعند أبي يوسف : ينعقد ، ويبحث للحال - فهما يقولان : إن اليمين يعقد ^(٨) للبر ، ثم تجب الكفارة ، لرفع حكم الخث ، وهو الإثم ، فإذا لم يكن البر متصورا ،

(١) في ح : « البقاء فلا يكون اليمين باقية » .

(٢) في ب : « تصور البر شرطا لانعقاد اليمين فتكون اليمين باقية فوجد شرط الخث » .

(٣) « فيلزمه بخلاف ... وجوب الكفارة » ليست في ب .

(٤) في ا و ح : « فلا يبحث » .

(٥) في ا و ب و ح : « و » .

(٦) « أصلا » ليست في ح .

(٧) كذا في ا و ب . وفي الأصل و ح : « وليس فيه » .

(٨) في ح : « ينعقد » .

فلا يتصور الخنث ، فلا فائدة فى انعقاد اليمين .

وعلى هذا الخلاف ^(١) إذا قال « والله ^(٢) لا تقتل فلانا » وهو لا يعلم بموته ، لائن يمينه تنصرف إلى الحياة التى كانت ، وقد فأت بحيث لا يتصور عودها . فأما إذا كان عالما بموته ^(٣) : فإنه تنعقد اليمين بالاجماع ، لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التى تحدث فيه ، فيكون البر متصورا ، لكنه خلاف المعتاد ، فيكون من القسم الثالث - هكذا فصل فى الجامع الصغير ، وهو الصحيح .

. . .

ونظير القسم الثالث أيضا :

إذا قال « والله لا أصعدن السماء » أو « لا حولن هذا الحجر ذهابا » أو « لائثرين ماء دجلة كله » - لائن البر متصور على خلاف العادة : فباعتبار التصور تنعقد اليمين فى الجملة ^(٤) ، وباعتبار العجز من حيث العادة يحنث فى الحال .

فأما إذا وقت اليمين فقال « والله لا أصعدن السماء اليوم » :
 <ف> عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : يحنث ^(٥) فى آخر اليوم ، لأن البر يجب فى الموقته فى آخر اليوم ، ويكون الوقت ظرفا ، لأنه يفضل عنه .

(١) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل كذا : « وعلى هذا الخلاف لا كانت وقد كانت بحيث

لا يتصور إذا قال .

(٢) « والله » ليست فى ا .

(٣) « بموته » من اوب و ح .

(٤) فى ح : « فباعتبار التصور فى الجملة ينعقد اليمين »

(٥) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « يجب » .

وعند^(١) أبي يوسف يحنث، للحال، لتحقيق العجز للحال - و^(٢) هو الصحيح من مذهبه . وإنما يتأخر الحنث إلى آخر الوقت^(٣) عنده فيما إذا كان الفعل متصورا من حيث العادة ثم فات بسبب هلاك المحلوف عليه كما ذكرنا . ونوع آخر من اليمين في المستقبل^(٤) : ما تكون موقته^(٥) دلالة . وهي تسمى **يمين الفور**^(٦) ، وهي كل يمين خرجت جوابا للكلام ، أو بناء على أمر ، فتقيد بذلك ، بدلالة الحال - كن قال لآخر « تعال تغد معي » فقال « والله لا أتغدى » ولم يتغد معه ، وذهب إلى بيته وتغدى . لا يحنث في يمينه ، استحسانا ، خلافا لزفر .

وكذلك إذا أرادت امرأة إنسان أن تخرج من الدار فقال لها « إن خرجت فأنت طالق » فتركت الخروج ساعة^(٧) ثم خرجت ، لا يحنث ، ويتقيد^(٨) بتلك الحال - ولهذا نظائر .

وأما اليمين التي لا تكفر

فهي **يمين الغموس** - وهي اليمين الكاذبة ، قصدا - في الماضي : كقوله « والله

(١) في ح : « وعن » .

(٢) « و » من ح . وفي ا و ب : « هذا هو » .

(٣) « إلى آخر الوقت » ليست في ح .

(٤) في ب : « اليمين المستقبل » وفي ح : « اليمين والمستقبل » .

(٥) في ح : « موقته » .

(٦) في ح : « يمين الفور » . وفي الكاساني (٣ : ١٣ : ٣) : « وأما المؤقت دلالة فهو المسمى بيمين

الفور... وهو أن يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال يدل على تقيد الشرط بالفور » .

(٧) في ا : « الخروج من ساعته » .

(٨) في ب : « ويتقيد الخروج » .

لقد دخلت هذه الدار « وهو ^(١١) يعلم أنه مادخلها . وفي الحال : نحو قوله ^(٢) لرجل « والله إنه عمرو » مع علمه أنه زيد - ونحوها ^(٣) .

وحكمها وجوب التوبة والاستغفار ، دون الكفارة بالمال ، عندنا .
وعند الشافعي : تجب الكفارة بالمال - وهي مسألة معروفة .

وأما اليمين التي برهني ^(٤) فيها عدم المؤاخذة

فهي اليمين الكاذبة خطأ ، وهي تسمى يمين ^(٥) اللغو ، كمن قال « والله ما دخلت هذه الدار » ، وعنده كذلك ^(٦) ، والأمر بخلافه . أو رأى طيرا ^(٧) من بعيد ، فظن أنه غراب فقال « والله إنه لغراب » فإذا هو حمام ^(٨) . ولا حكم ^(٩) لهذه اليمين أصلا .

وقال الشافعي : يمين اللغو ^(١٠) هي اليمين التي تجرى على لسان الخالف ، من غير قصد : « لا والله » و « بلى والله » أو كان يقرأ القرآن فجري على لسانه اليمين ^(١١) .

(١) « وهو » من ا و ب و ح .

(٢) في ح : « ما دخلها في نحو قوله » .

(٣) في ب : « ونحوه » .

(٤) في ب : « ترجو » .

(٥) « يمين » من ا و ب و ح .

(٦) في ح : « وهو كذلك عنده » .

(٧) في ب و ا : « طائرا » .

(٨) « أو رأى طيرا ... فإذا هو حمام » ليست في ح .

(٩) في ب : « لا حكم » . وفي ح : « لا كفارة » .

(١٠) « اللغو » ساقطة من ح .

(١١) زاد في ا : « والله أعلم » .

باب

أنفاظ اليمين

اليمين^(١) خمسة أنواع :

يمين بالله تعالى صريحاً ، وهي نوعان : يمين بأسمائه ، ويمين بصفاته .

والثالث : يمين بالله تعالى ، بطريق الكناية .

والرابع : اليمين بالله تعالى من حيث المعنى .

والخامس : اليمين بغير الله تعالى صورة ، ومعنى .

أما اليمين بأسماء الله تعالى^(٢)

فالخلف بكل اسم من أسمائه بأن قال : « بالله » أو « والله » أو « تالله » أو

« الله »^(٣) أو « الرحمن »^(٤) أو « الرحيم »^(٥) أو « العالم »^(٦) أو « القادر »^(٨)

ونحو ذلك - لأن من أسماء الله تعالى ما يكون^(٩) خاصاً^(١٠) لا يجوز

(١) في ح : « قال رحمه الله : اليمين » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أما اليمين بالله تعالى » .

(٣) في ا : « الله » . وفي ح : « والله » . راجع الكشاف ، ٣ : ٥ : ٨ من أسئل .

(٤) في ح : « بالرحمن » .

(٥) « أو » من ا و ب .

(٦) في ا و ب : « أو بالرحمن أو الرحيم » .

(٧) في ا : « أو بالعالم » .

(٨) المحمزة من ا و ب و ح .

(٩) في ح : « تعالى لا يكون » .

(١٠) في ا : « خاصة » .

إطلاقه على غير الله تعالى ، ومنها ما يجوز ، لكن متى ذكر في موضع القسم . والقسم لا يجوز بغير الله ، فكان المراد به اسم الله تعالى .

وأما الحلف بصفات

فأقسام ثلاثة :

أحدها - أن يذكر صفة لا تستعمل إلا في الصفة ، في عرف الناس ، كقولهم ^(١) « وعزة الله - وعظمته - وجلاله - وكبريائه » . وإن كان ^(٢) يستعمل صفة لغيره ، لكن < تعين > ^(٣) كون صفة الله تعالى مراداً به ، بالإضافة إلى الله تعالى تنصيهاً .

والقسم الثاني - أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله ، ولغيره ، وتستعمل في غير الصفة ، لكن لا يكون استعماله في غير الصفة ، غالباً ، بحيث تسبق الأفهام إليه عند الذكر ، نحو قولهم : « وقدرة الله - وقوته - وإرادته - ومشيتته » ونحو ذلك ، فيتعين صفة لله تعالى مقسماً به ^(٤) ، بدلالة ذكر القسم .

ومن هذا القسم « وأمانة الله » ^(٥) في ظاهر الرواية . خلافاً لما ذكره الطحاوي : أنه لا يكون يمينا وإن نوى ، و ^(٦) خلافاً لما روى عن أبي يوسف : أنه لا يكون يمينا .

والقسم الثالث - أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله تعالى ، ولغيره ،

(١) في ح : « كقولاه » . (٢) في ح : « كانت » .

(٣) في ب وح : « تنبيه » . وفي أ : « نشبه أن تكون كذلك ولكنها بدون نقط » .

(٤) في أ كذا : « غير مقسماً به » .

(٥) في أ وب : « وأمان الله » . (٦) في أ وح : « خلافاً » .

وتستعمل في غير الصفة لكن على وجه غاب استعماله فيه بحيث لا تسبق
الافهام إلا إليه عند الذكر مطلقا . وذلك نحو قولهم « وعلم^(١) الله » ،
« ورحمة الله » . « وكلام الله » وكذا الرضا والغضب والسخط^(٢) ، فإنه
يذكر العلم ويراد به^(٣) المعلوم غالبا ، وكذا الرحمة: تذكر ويراد بها^(٤)
الجنة وآثار الرحمة من النعمة والسعة .

فعمدنا : إن نوى به اليمين يكون يمينا ، وإن لم ينو لا يكون يمينا .
وقال الشافعي : يكون يمينا^(٥) ، كسائر صفاته ، بدلالة القسم .
وعلى هذا قال في ظاهر الرواية : « وحق الله لأفعل كذا » لا يكون يمينا
ما لم ينو ، لأنه يستعمل في العرف في الحق المستحق لله تعالى على عباده .
ولو قال « والحق لأفعل كذا » يكون يمينا ، لأنه اسم من أسماء
الله تعالى : قال الله تعالى : « ويعلمون أن الله هو الحق المبين »^(٦) .
ولو قال^(٧) « حقا » بالفارسية : اختلف المشايخ فيه .

ثم في اليمين بأسماء الله تعالى وصفاته - إذا ذكر القسم ، والمقسم به ،

(١) « علم » ساقطة من ح . فقها : « والله » .

(٢) زاد في ح هنا : « والعالم » .

(٣) في ب : « ومراده به » . وفي ا : « ومراد به » .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل ا : « به » .

(٥) « وقال الشافعي : يكون يمينا » ساقطة من ح .

(٦) سورة النور : ٢٥ . والآيتان ٢٤-٢٥ : « يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم

بما كانوا يعملون » . يومئذ يوفيه الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين » .

(٧) في ح : « كان » .

والخبر ، باللفظ المستعمل في الحال^(١) بأن قال : « حلفت بالله أو أقسمت بالله^(٢) لأفعلن كذا » يكون يمينا بلا خلاف .

فأما إذا ذكر القسم^(٣) باللفظ المستقبل^(٤) بأن قال « أحلف بالله » أو « أقسم بالله لأفعلن كذا^(٥) » أو « أشهد بعزة الله تعالى لأفعلن كذا » : يكون يمينا عندنا . وعند الشافعي : لا يكون يمينا إلا بالنية .

والصحيح^(٦) قولنا ، لأن هذا في العرف يراد به الحال ، كقولهم « أشهد أن لا إله إلا الله » ونحو ذلك .

وأما إذا ذكر القسم ، والخبر^(٧) ، ولم يذكر المقسم به ، بأن قال « أشهد » أو « أحلف » أو « أقسم لأفعلن كذا » يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة ، نوى أو لم ينو .

وقال زفر : إن نوى يكون يمينا .

وقال الشافعي : لا يكون يمينا ، وإن نوى .

والصحيح قولنا ، لأن ذكر القسم والخبر دليل على مقسم محذوف ، وهو اسم الله تعالى .

. . .

(١) في ا و ح : « في الماضي » .

(٢) « أو أقسمت بالله » من ا و ب و ح .

(٣) « القسم » من ا و ب و ح .

(٤) في ح : « باللفظ المستعمل في المستقبل » .

(٥) « كذا » ليست في ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فالصحيح » .

(٧) « والخبر » ليست في ا و ح .

هذا إذا ذكر المتقسم به مرة واحدة ، فأما إذا ذكر مكررا ، بأن قال : « والله و^(١) الله » أو « والله الرحمن الرحيم إن فعلت كذا » : ذكر في الجامع الكبير : إن لم يدخل بين الاسمين حرف عطف يكون يمينا واحدة ، وإن دخل بينهما حرف عطف يكون يمينين^(٢) . وفيه اختلاف الروايات . والصحيح ما ذكر في الجامع^(٣) ، ولهذا يستعمل على باب القضاة هذه اليمين : « والله الرحمن الرحيم الطالب الغالب^(٤) المدرك » . فأما إذا ذكر الخبر معه مكررا بأن قال « والله لا أفعل كذا ، لا أفعل^(٥) » أو « والله لا أكلم فلانا ، والله لا أكلمه » فإنه يكون يمينان^(٦) لأنه وجد تكرار صيغة^(٧) اليمين - إلا إذا أراد^(٨) بالكلام الثاني الخبر عن الأول ، فإنه يكون يمينا واحدة . وكذا في اليمين بالطلاق والعناق : على هذا .

وأما اليمين بالله تعالى من حيث الكناية

نحو قول الرجل « هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من

(١) الواو من ا و ب و ح .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يمينا »

(٣) في ب : « في الجامع الكبير » .

(٤) « الغالب » ليست في ا .

(٥) في ا : « والله لا أفعل كذا ، الله لا أفعل كذا » . وفي ح : « والله لا أفعل كذا ،

أو قال : والله لا أفعل كذا » . وفي ب : « والله لا أفعل كذا » فقط .

(٦) في ا و ب : « يمينين » . وفي ح : « يمينين » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لأنه وجد تكرار صفة اليمين » .

(٨) في ب : « أريد » .

الإسلام أو كافر بالله ونحو ذلك إن فعل^(١) كذا » - يكون يمينا ، وإن فعل يلزمه الكفارة ، استحسانا .

وقال الشافعي : لا يكون يمينا ، قياسا .

وجه قولنا أن^(٢) الناس تعارفوا الحلف بهذه الألفاظ من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا^(٣) من غير تكبير . مع أن اليمين بغير الله معصية - دل أنها كناية عن اليمين بالله في العرف ، وإن لم يعقل معنى^(٤) كقوله « لله علي أن أضرب ثوبي »^(٥) حطيم الكعبة كناية عن النذر بالصدقة في عرفهم ، وإن لم يعقل وجه الكناية - كذا هذا .

وأما إذا قال « هو يهودي أو نصراني »^(٦) إن كنت فعلت كذا في الماضي^(٧) ، كاذبا ، قصدا ، لا يلزمه الكفارة عندنا .

ولكن هل يكفر^(٨) ؟ اختلف المشايخ فيه^(٩) .

والصحيح أنه لا يكفر - كذا روى الحاكم الشهيد عن أبي يوسف ، لأن قصده ترويج كلامه دون الكفر^(١٠) .

(١) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « فعلت » .

(٢) « وجه قولنا أن » من ح . وفي الأصل و ا و ب : « قياسا لأن الناس » .

(٣) « هذا » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « معناه » .

(٥) في ب : « ثوبي » .

(٦) « أو نصراني » من ب و ح .

(٧) في ح : « . . . » إن فعلت كذا في اليمين » .

(٨) « هل يكفر » ليست في ب .

(٩) « المشايخ فيه » من ا و ب و ح .

(١٠) انظر الهامش ٣ من الصفحة المقبلة .

وكذا إذا قال « يعلم الله أنه فعل كذا » وهو يعلم أنه لم يفعل : لا رواية له ، و^(١) اختلف المشايخ فيه ^(٢) . والصحيح أنه لا يكفر ^(٣) . وقيل : هذا إذا كان عنده أنه ^(٤) لا يكفر ، فأما إذا كان عنده ^(٥) أنه يكفر : إذا حلف به في الماضي أو ^(٦) في المستقبل وحث في يمينه : إنه يكفر ، لأنه بالإقدام عليه صار مختاراً للكفر ، واختيار الكفر كفر .

وأما اليمين بغير الله تعالى صورة ومعنى ^(٧)

بأن حلف بالإسلام أو بأنبياء الله تعالى أو بملائكته أو بالكعبة أو بالصلاة والصوم والحج أو قال « عليه سخط الله » ^(٨) وعذابه ، لا يكون يميناً ، ولا ^(٩) يجب عليه الكفارة .

. . .

وأما اليمين ^(١٠) بغير الله تعالى صورة وهي يمين بالله تعالى معنى :

فهو الحلف بذكر الشرط والجزاء ، لأنه مانع ^(١١) عن تحصيل الشرط وحامل على البر ، بمنزلة ذكر اسم الله تعالى ، وذلك نحو ^(١٢) قولهم « إذا

(١) « و » من ب و ا .

(٢) « فيه » من ب و ا .

(٣) « كذا روى الحاكم الشهيد . . . والصحيح أنه لا يكفر » ليست في ح . راجع

الهامش ١٠ من الصفحة السابقة

(٤) « أنه » من ا و ب و ح .

(٥) « عنده » ليست في ا .

(٦) في ح : « و » .

(٧) في ب : « وأما اليمين بغير الله تعالى صورة وهي يمين بالله تعالى معنى » .

(٨) زاد في ب هنا : « وغضبه » .

(٩) في ب : « فلا » . (١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « وأما الحلف » .

(١١) في ب : « لا مانع من » . (١٢) « نحو » ليست في ح .

دخات هذه الدار فأنت طالق»^(١) أو «إن دخلت» أو «متى دخلت» أو «إذا مادخلت» أو «متى مادخلت»: إذا وجد الدخول: طلقت، لأن هذه حروف الشرط. وقد^(٢) وجد الشرط^(٣) فيبحث في يمينه. ولو دخلت ثانياً^(٤) لا تطلق، لأن هذه الحروف لا تقتضى التكرار.

ولو قال «كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق»^(٥) فدخلت الدار، تطلق. ولو دخلت ثانياً وثالثاً: تطلق عند كل دخلة طلقة^(٦) واحدة، لأن كلمة «كلما» توجب^(٧) تكرار الأفعال.

وإذا طلقت ثلاثاً^(٨) فتزوجت بزواج آخر، وعادت إليه، ثم دخلت الدار^(٩) في المرة الرابعة، لا تطلق، لأن محل الجزاء قد فات. ولو قال «كل امرأة أتزوجها فهي طالق» فتزوج امرأة: تطلق، لوجود الشرط، ولو تزوجها^(١٠) ثانياً لا تطلق.

ولو تزوج امرأة أخرى تطلق^(١١). لأن كلمة «كل» توجب عموم

(١) «فأنت طالق» من ب و ح .

(٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل : « فقد » .

(٣) « الشرط » من ا و ح .

(٤) في ح : « ثانية » وليست في ا .

(٥) « أو إن دخلت أو متى دخلت ... دخلت هذه الدار فأنت طالق » ليست في ب .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تطلق » .

(٧) في ب : « تقتضى » .

(٨) « ثلاثاً » من ا و ب و ح .

(٩) « الدار » من ا و ب و ح .

(١٠) « ولو تزوجها » ليست في ح . وانظر الهامش التالي

(١١) « لوجود الشرط ... أخرى تطلق » ليست في ب .

الأشياء ، ولا توجب عموم الأفعال وتكرارها ^(١).

ولو جمع بين الشرطين لا يقع الطلاق إلا بوجودهما : فإن جمع بحرف العطف بأن قال « إن دخلت هذه الدار وهذه الدار » فلا يقع إلا بدخول الدارين ، سواء قدم الشرط أو آخر ، أو كان متوسطا . ويستوى الجواب بين أن يدخل الدار المذكورة أولا أو الثانية ، لأن حرف الواو لمطلق الجمع ، ولعطف الشيء على جنسه . فيكون الشرط معطوفا على الشرط لا على الجزء ^(٢).

وإن عطف بحرف ^(٣) الفاء فقال « إن دخلت هذه الدار فهذه الدار ^(٤) » فأنطالق « فإلم تدخل الدارين على الترتيب بأن تدخل الأولى ثم الثانية : لا يبحث ، لأن حرف ^(٥) الفاء للجمع على سبيل الترتيب والتعقيب بلا فصل . ويستوى الجواب بين تقدم الشرط وتقدم ^(٦) الجزء وتوسطه ^(٧) .

ولو عطف بحرف « ثم » فقال : « إن دخلت هذه الدار ثم هذه الدار : فإلم يدخل ^(٨) الدارين ، الأولى ثم الأخرى ، بعد ^(٩) ساعة أو ^(١٠) أكثر من

(١) كذا في ح و ا . وفي الأصل و ب : « وتكراره » .

(٢) في ح كذا : « إلا على الجزء » .

(٣) « بحرف » من ب و ح . وفي ا : « حرف » .

(٤) « فهذه الدار » من ا و ب و ح .

(٥) « حرف » من ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وتقديم » .

(٧) في ا و ح : « أو تقدم ... أو توسطه » .

(٨) في ا : « تدخل » .

(٩) في ا و ح : « من بعد » .

(١٠) الهمزة من ب .

ذلك : لا يبحث ، لأن حرف « ثم » للترتيب على طريق التأخير .
وكذلك إذا أعاد حرف المعطف مع الفعل فى هذه الفصول بأن
قال « إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار ^(١) » : فالجواب لا يختلف .
وكذلك فى حرف الفاء وحرف « ثم » .

ولو ^(٢) قال « والله لا أكلم ^(٣) فلانا » ثم قال فى ذلك المجلس أو
فى مجلس آخر « والله لا أكلم فلانا ^(٤) » أو قال لامرأته « إن دخلت
هذه الدار فأنت طالق » ثم قال بعد ذلك « إن دخلت هذه الدار فأنت
طالق » أو قال « والله لا أدخل هذه الدار » ثم قال بعد ذلك « على حجة
إن دخلت هذه الدار » و ^(٥) « عبدى ^(٦) » حر إن دخلت هذه الدار » فهذا
على ثلاثة أوجه : إما أن لا ^(٧) يكون له نية ، أو نوى بالثانية التغليب
والتشديد ، أو نوى بالثانية الأولى :

- فإن لم يكن له نية ، فهما يمينان ، حتى لو دخل الدار ^(٨) مرة

(١) « ودخلت هذه الدار » من ا و ب و ح .

(٢) « لو » ليست فى ح و ا .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لا أعلم » .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل : « لا أعلم » . « ثم قال فى ذلك المجلس . . . لا أكلم فلانا »

ليست فى ح و ا .

(٥) « و » من ب .

(٦) فى ا : « عبيك » .

(٧) « لا » من ا و ب و ح .

(٨) « الدار » من ب .

يلزمه كفارتان في اليمين بالله تعالى ، وفي اليمين بالطلاق يقع طلقتان ، ويكون الدخول شرطا في اليمينين^(١).

وإن نوى به التغليظ ، فكذلك ، لأن التغليظ في أن يكون يمينين^(٢) ، حتى يلزمه كفارتان ، ويقع طلاقان^(٣).

وإن نوى بالثانية الأولى ، كانت يميناً واحدة ، لأنه نوى التكرار ، وهو مستعمل في العرف للتأكيد^(٤) - إلا أن في^(٥) مسألة الطلاق لا يصدق في القضاء^(٦).

(١) في ا و ب وح : « في اليمين » .

(٢) « يمينين » ليست في ح و ا .

(٣) في ا : « طلاق » .

(٤) « للتأكيد » ليست في ب . وفي ا و ح : « مستعمل في حرف التأكيد » .

(٥) « في » ليست في ا و ح .

(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

(١)

الخروج والدخول

رجل^(٢) قال لامرأته « أنت طالق^(٣) » إن خرجت من هذه الدار
إلا بإذني أو برضاي أو بعلمي أو بأمرى أو بغير إذني أو بغير رضاي -
فهذا كله^(٤) سواء^(٥) : إذا خرجت بغير إذنه ، أو بغير رضاه ، أو علمه ، أو
أمره : حدث .

وهنا ثلاث^(٦) فصول : أحدها هذا .

والثاني - أن يقول « إلا أن آذن لك^(٧) » أو « حتى أرضى » .

والثالث - أن يقول « إلا أن آذن لك » أو « إلا أن أرضى^(٨) » .

(١) في ب : « باب الدخول والخروج » .

(٢) في ح و ا : « قال رحمه الله : رجل » .

(٣) « أنت طالق » ساقطة من ا و ح .

(٤) « كله » من ا و ب و ح .

(٥) « سواء » ساقطة من ا و ح .

(٦) « ثلاث » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « حتى آذن لك » وانظر الهامش التالي .

(٨) في ب : « أو أن لا أرضى » . أما في ح ففيها تخياط لذكرها : « والثاني أن يقول

« إلا إذا آذن لك أو لي أن أرضى أما في الأول حتى أرضى أو حتى آذن والثالث أن يقول »

وسببين هذا التخياط من التفصيل الآتي عند قوله « وأما الثاني » وقوله « وأما الثالث » - انظر

فيما يلي ص ٤٤٩ و ٤٥٠ .

أما في الأول^(١) :

<ف> يشترط الإِذن في كل مرة، لأنه حرم عليها^(٢) الخروج عاماً، واستثنى^(٣) خروجاً موصوفاً بصفة : وهو أن يكون مأذوناً فيه من جهته. فإذا وجد خروج بإذن فهو خروج مستثنى عن يمينه ، فلا يكون داخلاً تحت اليمين^(٤) . فلا يحث^(٥) .

وإذا خرجت بعد ذلك بغير إذن^(٦) . يحث ، لأن هذا ليس بخروج مستثنى ، واليمين باقية ، فيحث - نظيره : إذا قال لامرأته « إن خرجت إلا بلحفة^(٧) » - أو : إلا راكبة - فأنت طالق : فإن وجد الخروج المستثنى ، لا يحث ، وإن وجد لا^(٨) على ذلك الوصف ، يحث ، لأن المستثنى غير داخل في اليمين ، وغير المستثنى داخل ، فيحث ، لوجود الشرط .

وأما الثاني - بكلمة «حتى» :

<ف> يكفى فيه بالإِذن مرة ، وتسقط اليمين .

-
- (١) «أما في الأول» ليست في حوا وإنا فيها كما تقدم «وإثبات أن يقول شرط الإِذن» - راجع الهامش السابق .
 (٢) كذا في اوب وح . وفي الأصل : «عابه» .
 (٣) في اوب وح : «واستثناء» .
 (٤) «إذا وجد خروج . . . اليمين» ليست في حوا .
 (٥) «فلا يحث» من ب . وفي حوا : «ولا يحث» - راجع الهامش السابق .
 (٦) في ب : «بغير لذنه» .
 (٧) في ب : «مانحفة» . وفي المصباح : المانحفة بالكسر هي المسلاة التي تانحف بها المرأة .
 (٨) «لا» ليست في اوب ح .

وإذا خرجت بغير إذن^(١)، يحث . لآئنه جعل الإذن غاية ليمينه ،
لأن كلمة « حتى » كلمة^(٢) غاية . فلا تبقى^(٣) اليمين بعد وجود الغاية ، فوجد
الخروج الذى هو شرط الحث . ولا يمين ، فلا يحث . وقبل الإذن :
اليمين باقية ، فيحث بالخروج .

وأما الثالث - « إلا أن^(٤) آذن لك » :

فعند عامة العلماء : هذا بمنزلة قوله « حتى » .

وقال الفراء^(٥) من أهل النحو : هذا وقوله « إلا بإذنى » سواء^(٦) .

ونجى^(٧) هذه الفصول بالفارسية :

- تراطلاق آكر برؤن آى آزين سرائى مكر بدستورى من^(٨) .

ياكسويد : بيرؤن آى آزين سرائى بى دستورى من^(٩) .

- أو يقول : تراطلاق آكر بيرؤن آى آزين سرائى تا من
دستورى دهم ترا^(١٠) .

(١) فى ب : « بغير لآئنه » .

(٢) « كلمة » ليست فى ب .

(٣) « فلا تبقى » من ا و ب و ح . وفى الاصل : « غاية تنهى » .

(٤) « أن » من ا و ب و ح .

(٥) هو يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور المروفي بالفراء . ولد بالكوفة سنة ١٤٤ هـ .

وأقام ببغداد . وتوفي سنة ٢٠٧ هـ . وكان إمام الكوفيين وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب .
وكان مع ذلك فقيها متكلما (ياقوت . معجم الأدياء . وخير الدين الزركلى ، « الاعلام ») .

(٦) « آذن لك فعند عامة العلماء » . سواء « ليست فى ب و ا » .

(٧) ونجى : « ليست فى ب » .

(٨) ترجمتها : أنت طالق إن ذهبت خارج هذه الدار إلا بإذنى .

(٩) ترجمتها : أو يقول : ذهبت خارج هذه الدار بغير لآئنى .

(١٠) ترجمتها : أو يقول : أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى أمنحك الإذن .

- أو يقول: تَرَا سَه طَلَاقُ أَكْرَ أَرَيْنَ سِرَائِي بِيرُونِ آتِي مَكْرَ
مَنْ دَسْتُورِي دِهَمُ تَرَا^(١).

ولو أراد بقوله «إِلَّا يَأْذُنِي» : «حَتَّى آذَنَ لَكَ» - يَصِحُّ نَيْتُهُ، حَتَّى لَوْ
أَذَنَ^(٢) لَهَا مَرَّةً: سَقَطَتْ يَمِينُهُ، لِأَنَّ بَيْنَ الْغَايَةِ وَالْإِثْمَانَةِ مِثَابَةٌ - وَلَكِنْ
قَبْلُ: يَأْذِنُ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، دُونَ الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ .
وَلَوْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ «حَتَّى آذَنَ لَكَ»^(٣) : «إِلَّا يَأْذُنِي» - صَحَّتْ نَيْتُهُ ،
وَيَصْدُقُ فِي الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ نَوَى مَا يَحْتَمِلُهُ كَلَامُهُ^(٤)، وَفِيهِ تَشْدِيدٌ عَلَى نَفْسِهِ.

وَلَوْ أَذَنَ لَهَا مَرَّةً، فِي قَوْلِهِ «إِلَّا يَأْذُنِي»^(٥)، ثُمَّ سَأَلَهَا عَنِ الْخُرُوجِ،
قَبْلَ أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الدَّارِ يَأْذِنُهُ، يَصِحُّ نَيْتُهُ، حَتَّى لَوْ خَرَجَتْ بَعْدَ ذَلِكَ،
بِغَيْرِ إِذْنِهِ، يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ، لِأَنَّهُ صَحَّ رَجُوعُهُ عَنِ الْإِذْنِ^(٦)، وَالْيَمِينُ
بَاقِيَةٌ، فَجَعَلَ كَأَنَّهُ لَمْ يَأْذِنْ.

(١) تَرَجَّتْهَا : أَوْ يَقُولُ : أَنْتَ طَالِقٌ لِأَنَّا إِنِ ذَهَبْتَ خَارِجَ هَذِهِ الدَّارِ لَا أَعْطَيْكَ الْإِذْنَ .

ملاحظة : قام أنا بمراجعة هذه العبارات باللغة الفارسية وترجمة معانيها تلخيصاً لرضاوان على
النسوى (الهندى) الطالب بالصف الرابع بكليات الشريعة - وبين النسخ خلافاً لمطوية رأينا عدم
الإشارة إليها اكتفاءً بإثبات الصحيح فى المتن .

(٢) فى ا و ح : « حَتَّى لَوْ قَالَ » . و « لَوْ » ساقطة من ب .

(٣) « لَكَ » من ا و ب و ح .

(٤) « كَلَامُهُ » من ب .

(٥) « فى قَوْلِهِ : «إِلَّا يَأْذُنِي» لَيْسَتْ فى ح و ا .

(٦) كَذَا فى ب و ا . وفى الأصل : « عَنِ النَّبِيِّ » . وفى ح : « عَنِ الْأَوَّلِ » .

وفي مسألة «حتى» :إذا^(١) أذن ثم نهاها قبل الخروج^(٢) ، فخرجت بغير
إذنه ثانياً :لا يحنث . لأن اليمين سقطت بالإذن ، فلا يعتبر النهي بعد ذلك .

ثم الحيلة في قوله « إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني » حتى لا يقع
الطلاق متى لم يأذن لها عند كل خروج ، أن يقول لها : « كلما شئت
الخروج^(٣) فقد أذنت لك » حتى يثبت الإذن في كل خروجه وجدت ،
لأن كلمة « كلما » ترجب التعميم والتكرار .

وروى المعلى^(٤) عن محمد رحمه الله أنه قال في قوله « إلا بإذني » :إذا قال
الزوج « قد أذنت لك عشرة أيام » فخرجت^(٥) . مراراً^(٦) في العشرة :
فإنه لا يحنث .

وكذلك لو قال « قد أذنت لك أبداً أو الدهر كله »^(٧) : فهذا إذن
منه في كل مرة .

ولو أنه إذا أذن لها إذناً عاماً ، ثم نهاها عن الخروج بعد ذلك نهاها
عاماً ، عن الخرجات كلها - هل يعمل نهيه ؟ روى عن محمد أنه يعمل ،
لأن النهي في الإذن الخاص يعمل ، فكذلك في الإذن العام^(٨) .

(١) « إذا » ليست في ب .

(٢) « وفي مسألة حتى ... الخروج » ليست في ح .

(٣) « الخروج » ليست في ا و ح .

(٤) راجع ترجمته في الهامش ٩ ص ٣٠ من الجزء الأول .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الأصل وب : « فدخلت » .

(٦) « مراراً » ليست في ا و ح .

(٧) في ح : « أو الدهر وفي مسألة حتى إذا أذن لها ثم نهاها قبل الخروج صح كله » .

(٨) انظر الهامش التالي .

وروى عن أبي يوسف أنه قال : لا يعمل نبيه ^(١) ، لأنه بالاذن العام صارت ^(٢) الخرجات كلها ^(٣) مأذونا فيها . والشرط هو الخروج الحرام ، فصار الشرط بحال لا يتصور وجوده . فلا ^(٤) تبقى اليمين ، فلا ^(٥) يصح النهي بعد ذلك ، بخلاف الإذن الخاص .

وأما قال ^(٦) : « إن خرجت إلا بإذن فلان » فأت فلان قبل الإذن : تبطل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : اليمين باقية ، حتى لو خرجت بعد ذلك يحنث ، كما ذكرنا في مسألة الكوز ^(٧) .

ولو أذن لها بالخروج من حيث لا يسمع ^(٨) في المسألة الأولى ، فخرجت بعد الإذن : فإنه يحنث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبي يوسف رحمه الله : لا يحنث .

فأبو يوسف ^(٩) يقول : إن هذا إذن من وجه دون وجه ^(١٠) ، فإنه لا يحصل ما هو المقصود بالاذن ، وهو العلم المسموع ^(١١) ، وشرط الحنث

(١) « روى عن محمد . . . لا يعمل نبيه » أيسر في ب . راجع الهامش السابق .

(٢) التاء من اوب و ح .

(٣) « كما » أيسر في ا و ح .

(٤) و (٥) في ح : « ولا » .

(٦) « قال » من اوب و ح .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٤٣٣ .

(٨) في ا : « لا تسمع » .

(٩) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « قال أبو يوسف يقول » . وفي ح : « فأبى يوسف » .

(١٠) « دون وجه » أيسر في ح .

(١١) في ا و ب : « بالمسموع » .

هو الخروج من غير إذن مطلقا ، فلا يحنث بالشك . وهما يقولان : إنه حرم عليهما الخروج عاما ، واستثنى خروجاً مأذونا فيه مطلقا ، وهذا ^(١) مأذون من وجه ، فلم يكن هذا خروجاً مستثنى ، فبقي داخلا تحت الحرمة . ولو حلف رجل على زوجته أو على عبده ، أو سلطان حلف رجلا أن لا يخرج من الدار أو الكورة ^(٢) إلا بإذنه ، فبانت المرأة ، أو ^(٣) زال العبد عن ملكه ، أو ^(٤) عزل السلطان عن عمله ، ثم خرجوا ، بغير الإذن ، لم يحنث ، وسقطت اليمين ، وتتوقت ^(٥) اليمين ببقاء الولاية ، بدلالة الحال ، فإذا زالت الولاية . انتهت اليمين .

وعلى هذا الغريم : إذا حلف المطاوب أن لا يخرج من بلده إلا بإذنه ، فإن خرج وعليه دين : يحنث . وإن خرج بعد القضاء والإبراء : لا يحنث - وتقيدت اليمين ببقاء الدين - وهذا من جملة يمين الفور على ما مر ^(٦) .

ولو قال لامرأته « إن خرجت من البيت فأنت طالق » ، فخرجت من البيت إلى صحن الدار ، يحنث ، لأن البيت غير الدار ، لأن البيت اسم المسقف واحد ، والدار اسم للمحدود يجمع ^(٧) البيوت والمنازل .

وعلى هذا : إذا قال « إن دخل فلان بيتك » فدخل صحن ^(٨) دارها ،

(١) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « وهو » .

(٢) الكورة الصقن ويطلق على المدينة (المصباح) .

(٣) و (٤) الهزة من أ و ح .

(٥) في ب : « وتتوقف » . وفي أ و ح : « وتسقط اليمين وتوقف » .

(٦) راجع فيما تقدم ص ٤٣٥ .

(٧) كذا في أ . وفي الأصل و ح : « يجمع » . وفي ب : « الجميع » .

(٨) « صحن » ليست في أ و ح .

دون بيتها . لم يحنث - ولكن هذا في عرفهم . فأما في عرفنا فإن اسم البيت بالفارسية مطلقا يطلق^(١) على الدار والمنزل ، فيحنث .

وإن قال: « إن خرجت من هذه الدار » ، فخرجت من هذه^(٢) الدار من أى^(٣) باب كان ، و^(٤) من أى موضع كان^(٥) : من فوق حائط أو سطح أو نقب ، حنث ، لأن المراد^(٦) الخروج من الدار و^(٧) قد وجد ، وهو الانفصال من الباطن إلى الظاهر .

ولو قال « إن خرجت من باب هذه الدار » ، فأنت طالق « فخرجت من أى^(٨) باب كان . حنث في يمينه^(٩) ، سواء كان من الباب القديم أو^(١٠) الذى يحدث بعد اليمين ، لأنه^(١١) ذكر الباب مطلقا . ولو خرجت من السطح أو من^(١٢) فوق حائط أو نقب ، لا يحنث ، لأنه ليس باب . ولو عين الباب فقال « إن خرجت من هذا الباب » : لا يحنث ما لم

(١) فى ا و ح : « ينطلق » .

(٢) « هذه » من ا و ح .

(٣) « أى » من ا و ب و ح .

(٤) « و » ليست فى ح و ا . وفى ب : « أو » .

(٥) « كان » من ا و ح .

(٦) « المراد » من ا و ح .

(٧) الواو من ا و ح .

(٨) « أى » من ا و ب و ح .

(٩) « فى يمينه » من ب .

(١٠) الهمزة من ا و ب و ح .

(١١) الهمزة من ا و ب و ح .

(١٢) « من » من ا و ح .

تخرج من ذلك الباب المعين^(١)، وإن خرجت من باب آخر، لا يحنث^(٢).
لأن في التبعين فائدة في الجملة، لأنه ربما يكون لذلك الباب المعين^(٣)
منفذ إلى الطريق الأعظم دون الثاني.

ولو قال «إن خرجت من هذه الدار إلا في أمر كذا» فخرجت
في ذلك الأمر مرة^(٤)، ثم خرجت لأمر آخر، يحنث، لأنه حرم
عليها جميع الخرجات إلا خروجاً^(٥) موصوفاً بصفة، فإذا وجد منها
الخروج المستثنى لا يحنث، وإن وجد خروج آخر، يحنث^(٦)، وإن غنى
به الخروج مرة يصح ويصير «إلا» عبارة عن «حتى» مجازاً، كأنه قال
«إن خرجت من هذه الدار، حتى تخرج في^(٧) أمر كذا» - فإذا خرجت
في^(٨) ذلك الأمر: يسقط اليمين، لوجود الغاية، لكن لا يدين في
القضاء، لأنه خلاف الحقيقة.

ولو قال «إن خرجت من الدار مع فلان فأنت طالق» فخرجت
وحدها أو مع غير فلان، ثم خرج فلان ولحقها: لم يحنث، لأن حرف
«مع» للصحبة والقران، ولم يوجد عند الخروج، والدوام على الخروج

(١) «المعين» من أ و ح .

(٢) «لا يحنث» أ ب و ح .

(٣) «المعين» ليست في أ و ح .

(٤) «مرة» ليست في أ و ب و ح .

(٥) في أ و ح : «الخرجات واستثنى خروجاً» .

(٦) في ب : «وإن وجد خروج لم يحنث» .

(٧) و(٨) في أ و ح : «من» .

ليس بخروج^(١) ، وإن وجد بقاء الخروج مع فلان .
ولو قال « إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق » فدخلت في^(٢)
صحن الدار أو^(٣) في بيت علو أو كنيف شارع إلى الطريق الأعظم ،
فإنه لا يحنث ، لأن هذا لا يسمى خروجاً من الدار .
ولو قال لها وهي خارجة من الدار « إن خرجت من الدار » : لا يحنث .
وكذلك إذا كانت في الدار فقال « إن دحلت هذه الدار » : لا يحنث -
ويقع على خروج ودخول^(٤) مستأنف .
وبمثله لو^(٥) قال « إن قت ، أو قعدت ، أو ابست ، أو ركبت » وهي قاعدة ،
أو قائمة ، أو راكبة ، أو لابسة - فدامت على ذلك^(٦) ساعة^(٧) - يحنث .
وهذا^(٨) كله مذهبتنا - وقال الشافعي في الدخول والخروج : إنه
يقع على الدوام .
والصحيح قوانا ، لأن^(٩) الخروج هو الانتقال من الباطن إلى

(١) في ا و ح : « ليس بشئ » .

(٢) في ا و ح : « من » .

(٣) « أو » من ب .

(٤) « ودخول » ليست في ا و ح .

(٥) في ح : « واو » .

(٦) « على ذلك » ابست في ا و ح .

(٧) « ساعة » ليست في ب .

(٨) كذا في ا و ب و ح ، وفي الأصل : « وكذا » .

(٩) في ا و ح : « لأن » .

الظاهر والدخول على عكسه^(١) ، وهذا مما لا دوام له^(٢) ، وأما الركوب ونظائره : < ف > فعل له دوام ، فيكون له حكم الابتداء .

وكذا إذا قال لها ، وهى فى الأكل والضرب^(٣) : « إذا »^(٤) أكلت - أو ضربت - فأنت طالق » ، فدامت على ذلك : يقع ، لأن كل جزء من هذا الفعل يسمى أكلاً وضرباً .

ولو قال لامرأته ، وهى حائض أو مريضة ، « إن حضت أو مرضت فأنت طالق »^(٥) : فإنه يقع على الحادث ، فى العرف .

وأو نوى ما يحدث من الحيض فى هذه المدة ، أو يزداد من^(٦) المرض : يصح ، لأن الحبض ذو أجزاء : يحدث حالاً فحالاً ، فتصح نيته .

ولو^(٧) قال « إن حضت غدا » ، وهو لا يعلم أنها حائض . فإنه يقع على الحيض الحادث . وإن كان يعلم : فإنه يقع على هذه الحيضة إذا دام الحيض^(٨) منها إلى أن يطلع الفجر ، واستمر ثلاثة أيام ، لأنه لما علم أنها حائض وقد حلف^(٩) ، فقد أراد استمرار الحيض ، ولم يكن ثلاثة أيام لا يكون حيضاً .

(١) فى ا و ح : « والدخول عكسه » .

(٢) فى ا : « عابه » .

(٣) زاد ها فى الاصل و ب : « فقال » .

(٤) فى ا و ب و ح : « إن » .

(٥) « فأنت طالق » من ا و ح .

(٦) « من » من ب .

(٧) فى ا و ح : « أو » .

(٨) فى ح : « الحيضة ازداد الحيض » .

(٩) فى ا و ح : « وحلف » .

ولو حلف أن لا^(١) يدخل داراً أو بيتاً أو مسجداً أو حماماً ، فالدخول هو الانفصال من خارج ذلك الشيء إلى داخله ، فعلى أى وجه دخل : من الباب أو غيره ، حنث ، لوجود الدخول ، فإن نزل إلى^(٢) سطحها : حنث . لأنه منها . وكذا إذا قام على حائطها ، لأن الدار اسم لما تدور عليه الدائرة ، وفي عرفنا لا يحنث .

ولو قام على ظُلة^(٣) لها شارعة ، أو كنف شارع : إن كان مفتوحه^(٤) فى الدار ، حنث . لأنه ينسب إليها . وإن قام على أسكفة^(٥) الباب : إن كان الباب إذا غلق كانت الأسكفة خارجة منه . لم يحنث ، وإن بقيت من داخل الدار حنث . ولو دخل دهايز الدار ، حنث ، لأنه من داخل الدار^(٦) . ولو دخل^(٧) ظُلة باب الدار ، لا يحنث ، لأنها اسم للخارج . وإن أدخل الحالف إحدى رجليه فى الدار لا غير ، لا يحنث ، لأنه لم يوجد الدخول مطلقاً . وكذا إذا^(٨) أدخل رأسه دون قدميه .

ولو حلف^(٩) لا يدخل داراً ، فدخل داراً بعد انهدامها ، ولا بناء لها : لا يحنث .

-
- (١) « أن » من أ و ح .
 (٢) فى أ و ح : « على » .
 (٣) الظُلة شيء كالصهوة يستتر به من الحر والبرد (القاموس) .
 (٤) فى ب : « إن كانت مفتوحة » . وفى ح : « وكان متوحاً » . وفى ا : « إن كان مفتوحاً » .
 (٥) الأسكفة خشبة الباب التى يوطأ عليها (القاموس) .
 (٦) فى أ و ح : « لأنه فى الدار » . وفى ب : « لأنه فى الداخل » .
 (٧) « ولو دخل » ساقطة من ب .
 (٨) فى أ و ح : « لو » .
 (٩) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « ولو قال » .

ولو قال « والله^(١) لا أدخل هذه الدار » ثم دخلها بعد ذهاب البناء :
يبحث ، لأن البناء وصف مرغوب معتاد للدار ، فحتى ذكر منكر يقع على
الدار المتعارف ، وفي المعين^(٢) لا يعتبر الصفة ، ويعتبر المعين^(٣) ، واسم
الدار يقع عليه^(٤) بعد الانهدام .

ولو قال « لا أدخل هذا المسجد » فدخل بعد ذهاب البناء : يبحث ،
لأنه مسجد ، وإن لم يكن مبنيًا - وقالوا : إذا صعد سطح المسجد : يبحث .
لأنه مسجد^(٥) .

ولو حالف لا يدخل بيتا ، أو هذا البيت . فدخله بعد ذهاب بناءه ،
لا يبحث ، لأنه اسم اللبني^(٦) المسقف .

وإن حالف أن لا يدخل بيتا ، فدخل^(٧) مسجدا ، أو الكعبة^(٨) ، أو بيعة ،
أو كنيسة^(٩) ، أو بيت نار ، أو حماما ، أو دهليزا ، أو ظلة باب دار -
لا يبحث . لأن هذه الأشياء لا تسمى بيتا في العرف . وإن دخل صُفَّة^(١٠) :
يبحث - وهذا في عرف أهل الكوفة ، لأن الصُفَّة عندهم بيت له

(١) « والله » من ا و ح .

(٢) في ا و ح : « وفي المعين » .

(٣) في ا و ب و ح : « المعين » .

(٤) « عليه » من ا و ح . وفي الأصل و ب : « واسم الدار يبقى بعد الانهدام » .

(٥) « وإن لم يكن مبنيًا . . . لأنه مسجد » ليست في ا و ح .

(٦) زاد هنا في ح : « و » .

(٧) « بيتا فدخل » من ا و ب و ح .

(٨) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « كعبة » .

(٩) في ب : « أو بيعة النصارى أو كنيسة اليهود » .

(١٠) في الناموس : الصُفَّة موضع مُظَلَّل .

أربع حوائط ، أما التي هي صفة في عرفنا : <ف> لا يحث .

ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار - لا يحث ، ما لم يدخل من الباب القديم .

ولو حلف لا يدخل من باب الدار^(١) ، فن أي باب دخل : حث ، إلا إذا أراد به الباب المعروف : فيدين^(٢) فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء .

ولو حلف لا يدخل دار فلان . فدخل دارا بين رجل وبين فلان^(٣) : <ف> إن كان فلان ساكنا فيها : حث ، لأنه لو كان ساكنا فيها بالإجارة يحث - وههنا أولى . وإن لم يكن ساكنا : لا يحث^(٤) ، لأن الدار مضافة إليهما ، لأن بعض الدار لا يسمى دارا .

ولو حلف لا يزرع أرض فلان ، فزرع أرضا بين فلان وبين آخر : حث ، لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضا .

ولو حلف لا يدخل بيت فلان . ولا نية له ، فدخل صحن داره ، وفلان ساكن فيها^(٥) ، لا يحث ، حتى يدخل البيت . وإن نوى بقوله

(١) « لا يدخل من باب الدار » لبست في ح في هذا الموضع وقد قدمت هذه العبارة فيها خطأ فجاءت في المسألة السابقة قبيل « الباب القديم » .

(٢) الفاء من ب .

(٣) في ا و ح : « دار فلان وغيره » .

(٤) في ح : « وإن لم يكن ساكنا فيها بالإجارة يحث » . وفي ب : « وإن لم يكن ساكنا لأن الدار » .

(٥) في ا و ح : « صحن دار فلان فيها ساكن »

لا يدخل^(١) بيت فلان ، مسكنه . يحنث - وهذا على عرفهم^(٢) .

ولو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً أو عابر سبيل : فإن دخل وهو لا يريد الجلوس ، لا يحنث ، لأنه استثنى الدخول بصفة الاجتياز . وإن دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده . يحنث ، لأن هذا^(٣) غير مستثنى ، وإن دخل لا يريد الجلوس ، ثم بدله بعدما دخل فجلس^(٤) : لم يحنث ، لأنه لم يحنث بدخوله ، والبقاء على الدخول ليس بدخول . وإن نوى بقوله « لا يدخلها إلا^(٥) مجتازاً » النزول فيها والدوام ، لا يحنث بالجلوس ، لأنه يقال دخلت عابر سبيل بمعنى أنه لم يدم على الدخول ولم يستقر .

ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج منها ، فاسكنى أن يسكنها بنفسه ، وينقل إليها من متاعه ما يتأث به ويستعمله في منزله ، فإن كان له أهل ينقله أيضاً^(٦) ، فإذا فعل ذلك فهو ساكن ، وهو حانث في عينه ، لأن السكنى هو الكون^(٧) في المكان على طريق الاستقرار والمداومة ،

(١) في أ و ح : « وإن أراد قوله : لا أدخل » .

(٢) في ح : « وعلى هذا عرفهم » . وفي أ : « وهذا في عرفهم » .

(٣) « هذا » من ح و أ . وفي ب : « لأنه غير » .

(٤) في أ و ح : « أن يجلس » .

(٥) « إلا » ليست في أ و ب و ح . و « مجتازاً » غير واضحة فيها .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل خطأ إذ وضعت فيه عبارة « وهو خارج منها »

على عبارة « فإن كان له أهل ينقله أيضاً » ووضعت هذه محل تارك .

(٧) في أ و ح : « هو الكون » .

وذلك يكون بما يسكن به عادة : ألا ترى أن من جلس في المسجد وبات فيه ، لم يكن ساكناً للمسجد ، ولو أقام بما يتأث^(١) به ، يوصف بكونه ساكن المسجد ، فكان معتبراً في اليمين .

ولو كان الرجل ساكناً في دار ، وحلف لا يسكنها ، فإنه لا يبر في يمينه ، ما لم ينتقل بنفسه وأهله وولده ومتاعه . ومن يأويها لخدمته ، وللقام بأمره في^(٢) منزله ، لأن السكنى في الدار بهذه الأشياء ، فكان ترك السكنى فيها ، بضدها . فإذا لم يأخذ في النقلة^(٣) من ساعته ، مع الإمكان ، يبحث في يمينه ، ولو أخذ في النقلة^(٤) من ساعته^(٥) : لا يبحث . وإن كان فيه < من > السكنى^(٦) قليل . لأنه^(٧) لا يمكن الاحتراز عنه^(٨) ، فكان مستثنى دلالة - وهذا عندنا ، خلافاً لغيره .

ولو انتقل بنفسه ، ولم ينتقل بمتاعه وأهله . قال أصحابنا : يبحث . وقال الشافعي : لا يبحث .

والصحيح قولنا ، لما قلنا إن السكنى في المكان بما يسكن به عادة ،

(١) في اوب و ح : « ولو أقام فيه ما يتأث به » .

(٢) في ب : « وفي » .

(٣) كذا في ح ر ا . وفي الأصل وب : « بالنقلة » .

(٤) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « بالنقلة » .

(٥) « مع الإمكان يبحث ... من ساعته » ليست في ح .

(٦) في اوب و ح : « فيها سكنى » .

(٧) « لأنه » من اوب و ح .

(٨) « عنه » من اوب و ح .

وبأهله إن كان له أهل ، فكان ترك السكنى بترك^(١) الكل - بخلاف ما إذا حلف لا يسكن في بلد كذا ، فخرج منه وترك أهله فيه ، لم يحنث - لأن في العادة لا يقال لمن بالبصرة وأهله بالكوفة إنه ساكن بالكوفة ، فأما إذا انتقل بنفسه وأهله ومتاعه وترك من أناته شيئاً قليلاً ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه قال : يحنث^(٢) ، وقال أبو يوسف : إذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتاً أو بعض الدار على ما يتعارف الناس ، لا يحنث . وكان أصحابنا رحمهم الله يقولون : معنى قول أبي حنيفة : إذا ترك شيئاً يسيراً ، عنى^(٣) به ما يسكن به ، ويمتد به في التأث . فأما لو خلف فيها^(٤) وتدا أو مكنته : لم يحنث . فإن منع من التحول ومنعوا متاعه وأوثقوه وقهروه ، فإنه لا يحنث ، وإن أقام على ذلك أياماً ، لأنه ليس بساكن ، وإنما هو مسكن^(٥) عن إكراه .

وقال محمد رحمه الله : إذا خرج من ساعته ، وخلف متاعه كله في المسكن ، ومكث في طلب المنزل أياماً ثلاثة^(٦) . فلم يجد ما يستأجر ، وكان^(٧) يمكنه أن يخرج من المنزل ويضع متاعه خارجاً من الدار : لا يحنث .

(١) كذا في أ . وفي الأصل و ح : « يترك » . وفي ب : « ترك » .

(٢) في ح و ا : « لا يحنث » .

(٣) في ب و ا : « أعنى » .

(٤) في ح و ا : « خلف وترك فيها » .

(٥) « إنما هو مسكن » من ب . وفي ح و ا : « وإنما هو يسكن » .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ليأها ثلاثة » .

(٧) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فكان » .

لأن هذا من عمل النقلة^(١) عادة، لأن المعتاد أن ينتقل من منزل إلى قصده منزل ، لا أن^(٢) يلقى متاعه على الطريق .

وقال محمد : لو كان الساكن موسرا و^(٣) له متاع كثير ، وهو يقدر على أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ، فلم بفعل ، وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول ، ومكث في ذلك سنة، وهو لا يترك الاشتغال بالنقل - فإنه^(٤) لا يبحث ، لأنه لا يلزمه الانتقال بأسرع الوجوه .

ولو قال «عنت به أن لا أسكن»^(٥) بنفسى : <ف> في المسألة الأولى : فيما لم يكن ساكناً فيها ، يصدق في القضاء ، لأنه شدد على نفسه . وفي المسألة الثانية : فيما إذا^(٦) كان ساكناً فيها^(٧) ، يصدق فيما^(٨) بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء . لأنه نوى خلاف الظاهر والعادة^(٩) .

• • •

ولو حاف لا يدخل على فلان ، ولم يسم شيئاً : فإنه يبحث إذا كان يقصده بالدخول . وإن لم يقصده ، بالدخول^(١٠) : لا يبحث - ولهذا قلنا : إذا دخل عليه في بيت رجل آخر ولم يقصده بالدخول ، لا يبحث ، لأن

(١) في ا و ح : « النقل » . والنقلة اسم بمعنى الانتقال (المنجد) .

(٢) في ب و ح : « إلا أن » . وفي ا : « لأن » .

(٣) في ح : « أو » .

(٤) « فإنه » من ا و ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يسكن » .

(٦) « إذا » من ب .

(٧) « فيها » ليست في ا و ح .

(٨) « يصدق فيها » من ا و ب و ح .

(٩) في ا : « خلاف ظاهر المادة » . وفي ح : « نوى بخلاف الظاهر المادة » .

(١٠) « بالدخول » من ا و ح .

بهذا الاستخفاف^(١) به وترك إكرامه^(٢)، وذلك لا يكون إلا مع القصد .
وذكر ابن سماعه في نوادره ضد هذا ، فقال في رجل^(٣) قال «والله
لا أدخل على فلان بيتاً ، فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولا يعلم به الخالف -
فإنه حانت بدخوله ، لأن الشرط وجد ، والعلم بشرط الحنث^(٤) ليس
بشرط في الحنث^(٥) ، كمن حلف لا يكلم زيدا ، فكلمه ، وهو لا يعرفه^(٦) -
إلا أن ظاهر المذهب ما ذكرنا .

ولو دخل عليه في مسجد أو ظُلة أو سقيفة أو دهليز دار : لم يحنث ،
لأن الدخول المعتاد على الإنسان لازية في البيوت خاصة . وفي عرف
بخاري : يحنث في المسجد ، لأنهم يجلسون فيه لازية .
ولو دخل عليه^(٧) في خيمة أو فسطاط أو بيت شعر : لم يحنث ، إلا
أن يكون المحلوف عليه^(٨) من أهل البادية ، لأن الدخول على غير البدوي
في البيوت^(٩) ، وفي حق البدوي ما هو بيوتهم : من الشعر^(١٠) .

(١) في ب و ح : « الاستخفاف » .

(٢) في ب : « الإكرامة » .

(٣) في ب : « يقال رجل » . وفي ا و ح : « فقال : رجل » .

(٤) كذا في ب و ح . وفي الأصل : « بشرط الخيار » . وفي ا : « والعلم بشرط الحنث » .

(٥) « ليس بشرط في الحنث » ليست في ب .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يعرف » .

(٧) و (٨) « عليه » ليست في ا و ح .

(٩) في ب : « في غير البيوت »

(١٠) البادية في الكسائي (٣ : ٤١ : ١٨) : « فإن دخل عليه في فسطاط أو

خيمة أو بيت شعر : لم يحنث ، إلا أن يكون الخائف من أهل البادية لأنهم يسمون ذلك بيتا ،
والتعويل في هذا الباب على العرف والعادة » .

ولو دخل في^(١) داره . والرجل في البيت ، لم يبحث ، لأنه ليس بدخول عليه .

ولو كان في صحن الدار ، حث ، لأنه دخول عليه عادة^(٢) .
ولو دخل الخالف^(٣) داراً ليس فيها^(٤) فلان ، فدخل فلان تملك الدار :
لا يبحث ، لأنه ما دخل على فلان ، بل فلان دخل عليه ، فلا يبحث^(٥) و^(٦) .

-
- (١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عن » .
(٢) كذا في ح و ا . وفي الأصل : « لأنه دخل عادة » . وفي ب : « لأنه دخل عليه عادة » .
(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « على الخالف » .
(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فيه » .
(٥) « عليه فلا يبحث » ليست في ا و ح . و « فلا يبحث » ليست في ب .
(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » .

باب الأكل والشرب

أصل ^(١) الباب أن الأكل إيصال ما يتأتى فيه ^(٢) المضغ بضمه إلى جوفه، مضغه ^(٣) أو لم يعضغه ^(٤) . والشرب إيصال ^(٥) ما لا يتأتى فيه المضغ إلى جوفه حال ^(٦) وصوله ، مثل الماء ، والنبذ ، والابن ، والعسل الممزوج . والذوق هو ^(٧) معرفة طعم الشيء المذوق ، بضمه ، بإيصال الشيء إليه ، سواء ابتلعه أو مجه من فمه ، فكل أكل فيه ذوق ، لكن الذوق ليس بأكل .

. . .
إذا ثبت هذا فنقول ^(٨) :

إذا حلف لا يأكل أو ^(٩) لا يشرب ، فذاق : لم يحث .

وإذا حلف لا يذوق طعاماً أو شراباً ، فأكل أو شرب ، أو أدخله ^(١٠)

في فمه ، وعرف طعمه ، ثم مجه ، حث ، لوجود الذوق .

(١) في ح : « قال رحمه الله : أصل » .

(٢) في ح : « ما يأتي به » .

(٣) في ح : « يعضغه » . وفي أ : « يعضغه » .

(٤) « أو لم يعضغه » ليست في أ .

(٥) « إيصال » من أوب و ح .

(٦) « حال » ساقطة من ح .

(٧) في أوب و ح : « وهو » .

(٨) الفاء من ح .

(٩) في أوب و ح : « و » .

(١٠) كذا في ب و ح . وفي أ : « أدخل » . وفي الأصل : « دخله »

ولو حلف لا يذوق شيئاً وعنى^(١) به أكله أو شربه ، فإنه تصح نيته ، ولا يحنث ، بالذوق ، لأن اسم الذوق قد^(٢) يقع عليهما فى العرف : يقول الرجل : ماذا ذقت^(٣) اليوم شيئاً ، وما ذقت إلا الماء - يريد به الأكل والشرب . ولو حلف لا يذوق ماء ، فتضمن فى الوضوء ، لا يحنث فى يمينه ، لأن قصده التطهير ، دون معرفة الطعم .

ولو حلف لا يأكل طعاماً ، فإنه يقع على الحبز ، واللحم ، والفاكهة ، وما يؤكل على سبيل الإدام مع الحبز ، لأن الطعام اسم لما يطعم فى اللغة ، وفى العرف صار اسماً لما يؤكل بنفسه أو مع غيره عادة .

وكذا إذا حلف لا يأكل من طعام فلان ، فأكل شيئاً مما ذكرنا من طعام فلان : يحنث . ولو أخذ نبيذ^(٤) فلان أو ماءه^(٥) فأكل بحبز نفسه : لا يحنث ، لأن هذا يسمى آكلًا طعام نفسه عادة .

ولو حلف لا يأكل هذا اللبن ، فأكله^(٦) مع الحبز : حنث ، لأن اللبن هكذا يؤكل عادة . ولو شربه : لا يحنث ، لأن هذا ليس بأكل . ولو حلف لا يأكل الرمان أو العنب ، فصّته^(٧) ورمى تفله وابتلع

(١) فى ا و ح : « شيئاً عنى » .

(٢) « قد » ليست فى ا و ح .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ماذا ذقت » .

(٤) « نبيذ » ساقطة من ح .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « نبيذ فلان من طعام فلان أو ماء » .

(٦) الماء من ا و ب و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « فصّته » .

ماءه : لا يحنث . ولو ابتلع العنب أو ^(١) الرمانة ، من غير مضغ : يحنث ، لأن الأول شرب ، والثاني أكل .

ولو حلف لا يأكل هذا اللبن . فأكل مما ^(٢) يتخذ منه ، من اللبن والأقط ^(٣) ونحوهما : لا يحنث ، لأنه قد تغير ، فلا يبقى له اسم العين . وكذا إذا حلف لا يأكل هذا الكُفْرَى ^(٤) فصار بُسْراً ، أو من هذا البُسْر فصار رُطْباً ^(٥) ، أو رُطْباً ^(٦) فصار تمرأ ، لأنه تغير الأول ، ولو حلف لا يأكل هذه ^(٧) البيضة فأكل من فرخ خرج منها ، أو حلف لا يشرب من هذا الخمر ، فصار خلاً ، فشرب : لا يحنث ، لأنه تغير عن أصله . ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الجمل أو هذا الجدى ^(٨) ، فصار كبشاً أو تيساً - > فإنه يحنث ، لأن العين قائمٌ > لم تتغير ، واليمين وقعت على الذات المعينة ^(٩) .

(١) الهزمة من ح و ا .

(٢) في ب : « ما » .

(٣) الأقط : قط بفتح الهمزة وكسر القاف . وقد نكسب القاف للتخفيف مع فتح الهمزة وكسرها . يتخذ من اللبن الخفيض : يطبخ ثم يترك حتى يحصل (المصباح) . وفي أ : « أو الأقط » .

(٤) يضم الكاف ويفتح الدال ، وتشديد الراء - كَمَ النخل لأنه يستر ما في حواه (المنرب) .

(٥) البُسْر التمر إذا لوّن ولم ينضج . والرُطْبُ ما نضج من البُسْر قبل أن يصير تمراً . والتعمر اليابس من تمر النخل (المنجد) .

(٦) في أ : « أو من هذا الرطب » . راجع الهامش السابق .

(٧) في ح و ا : « من هذه » .

(٨) في ح : « أو الجدى » .

(٩) التاء من ح و ا .

وكذا^(١) في غير هذا :

إذا حلف لا يكلم هذا الشاب ، فكلمه بعد ما شاخ^(٢) ، حنث ، لأن
العين لم تتغير .

ولو حلف لا يكلم شاباً ، فكلم^(٣) شيخاً : لا يحنث ، لأن اليمين تقع
على موصوف منكر^(٤) ، فيكون الصفة بمنزلة الشرط .

ولو حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً ، فصب فيه ماء ، فذاقه :
روى عن أبي يوسف أنه إن بقي لون اللبن وطعمه يحنث ، وإن كان اللبن
أقل^(٥) . ولو^(٦) ذهب طعمه ولونه لا يحنث ، وإن كان اللبن أكثر فاعتبر^(٧)
في الغلبة ظهور اللون^(٨) والطعم ، دون كثرة^(٩) الأجزاء . وذكر محمد
رحمه الله في «الأصل» هذه المسألة وقال : إذا كان اللبن مغلوباً : لا يحنث -
وظاهره يقتضي غلبة الأجزاء .

فأما إذا اختلط المحلوف عليه بجنسه ، أن اختلط اللبن المحلوف عليه^(١٠)
بأبن آخر من جنسه : < ف > قال أبو يوسف : إذا كان اللبن المحلوف عليه

(١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فكذا » .

(٢) في ا و ح : « بعدما صار شيخاً » .

(٣) في ح : « فكلمه » .

(٤) في ا و ح : « الموصوف المنكر » .

(٥) في ا و ب و ح : « وإن كان الماء أكثر » .

(٦) « او » ليست في ا و ح . ففيها : « وذهب » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « واعتبر » .

(٨) في ح : « اللبن » .

(٩) التاء من ا و ب و ح .

(١٠) « بجنسه ... المحلوف عليه » ليست في ا و ح .

مغلوباً^(١): لا يحنث ، لأنه في معنى المستهلك . وقال محمد : يحنث ، وإن كان مغلوباً ، لأن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه ، وإنما يصير مستهلكاً بخلاف جنسه . وذكر في «الأصل» : رجل حلف لا^(٢) يأكل سمناً^(٣) فأكل سَوِيْقاً لَسَهُ^(٤) بسمن ، ولا نية له : إن كان يستبين السمن في السويق ، فيوجد طعمه ، يحنث ، وإلا فلا - لما قلنا . ومحمد إنما لم^(٥) يجعل خلط الجنسين استهلاكاً إذا كان الجنس والنوع ، والصفة ، واحداً ، وأما إذا اختلف النوع ، كابن الضأن ولبن^(٦) المعز . أو اختلفت الصفة ، كالماء العذب بالماء المالح ، فإنه يجعله استهلاكاً ، ويعتبر فيه الغلبة ، كما في الجنسين .

وإذا^(٧) حلف لا يأكل لحماً ، فأى لحم أكل ، حنث ، سوى لحم^(٨) السمك ، لأنه ناقص في معنى اللحمية^(٩) ، ولو أكل شحم الظهر ، يحنث ، لأنه لحم سمين . ولو أكل شحم البطن والإليّة ، لا يحنث ، لأنه لا يسمى لحماً ، ولو نوى ، يحنث ، لأن فيه معنى اللحم من وجه ، وهو الدسومة . وفي لحم السمك ، إذا نوى ، يحنث ، لأنه لحم ناقص .

(١) في ب : « معاوما » .

(٢) « لا » من اوب و ح .

(٣) في ح : « سميناً » .

(٤) في اوب و ح : « لت » . والسويق هو الناعم من دقيق الحنطة والشعير (المنجد) .

(٥) « لم » من ح . وفي ب : « إنما جعل » .

(٦) في او ح : « لبن » .

(٧) كذلك في اوب . وفي الأصل : « فإذا » . وفي ب : « واو » .

(٨) « لحم » ليست في ب . وفي او ح : « سوى أكل لحم » .

(٩) في ح و ا : « اللحم » .

ولو أكل ما في البطون ، سوى شحم البطن : يحث - وهذا في عرفهم ،
لأن يباع مع اللحم ، وأما في الموضع الذي لا يباع مع اللحم ، لا ينصرف
بمنه ^(١) إليه ، فلا يحث ،

ولو أكل لحم خنزير أو ^(٢) لحم إنسان أو ميتة : يحث ، لأنه لحم
حقيقة ، وإن كان حراماً .

ولو أكل لحم الرأس من الحيوانات ، سوى السمك : يحث ، لأنه
لحم عضو من الحيوان .

ولو حلف لا يأكل شحماً . فأكل شحم الظهر : لا يحث عند أبي حنيفة ،
خلافاً لهما ، لأنه لحم سمين ، ولكن يقع اليمين على شحم البطن .

ولو حلف لا يأكل رأساً أو لا يشتري : إن نوى الرؤوس كلها :
انصرف إليها ^(٣) ، لأنه نوى حقيقة كلامه . وشدد على نفسه . وإن لم يكن
له نية : قال أبو حنيفة : يقع على رأس النعم والبقر ، وعند زفر : على رأس
الابل أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يقع ^(٤) على رأس النعم
خاصة - وقيل : هذا اختلاف عصر وزمان ، ويعتبر العرف والعادة ، في كل بلد .

• • •

(١) كذا في ح و ا . وفي الأصل : « بمنهم » . وفي « ت » : « بمنهم » وفي هامشها :
« لهما : بمنه » .

(٢) الهمزة من ا و ب و ح .

(٣) في ح و ا : « انصرفت إليها » . وفي الأصل : « انصرف إليه » . وفي ب :
« بنصرف إليه » .

(٤) « يقع » من ا و ب و ح .

وإذا حلف لا يأكل بيضاً : < ف > إن نوى بيض كل شيء : يقع عليه ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وفيه تشديد . وإن لم يكن له نية : ينصرف إلى بيض الطير والدجاج والأوز ، بدلالة العرف .

ولو حلف لا يأكل فأكهة - فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :
 - في وجه يبحث بالاتفاق ، وهو أنه ^(١) يقع على ثمرة ^(٢) كل شجر ^(٣) ،
 سوى العنب والرطب والرمان ، ويستوى في ذلك الرطب واليابس ،
 لأنها اسم لما يتفكه به ^(٤) ويؤكل قبل المائدة وبعدها .
 - وفي وجه لا يبحث بالاتفاق ، وهو أن يأكل ^(٥) القشاة والخيار
 والحوخ ^(٦) والجزر ^(٧) ، لأنها تؤكل ^(٨) مع البقول .

- وفي وجه اختلفوا فيه ، وهو العنب ^(٩) والرطب والرمان : < ف > إذا
 لم يكن له نية : < ف > عند أبي حنيفة : لا يبحث ، وعندهما : يبحث . وإن
 نوى هذه الأشياء عند الحلف : يبحث ، بالإجماع - ومشايخنا قالوا : هذا

(١) في ح و ا : « أن » .

(٢) في ا و ب و ح : « ثمرة » .

(٣) في ا : « شجرة » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بها » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل هكذا : « يا كان » .

(٦) كذا في ح . وفي ا : « والبطن » . وفي ب كذا : « والجرح » . وفي الأصل : « والحدج » .

والحدج الحنظل الفج الصلب (المنجد) .

(٧) في ح : « والجوز » .

(٨) في ا : « تزرع » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وهو أن العنب » .

اختلاف عرف^(١) وزمان، وكان^(٢) في زمن أبي حنيفة^(٣) لا^(٤) يعدونها من جملة القواكه فأفتى على عرف زمانه، وتغير العرف في زمانهما - وفي عرفنا : ينبغي أن يحث في يمينه أيضاً.

ولو حلف لا يأكل فاكهة^(٥) يابسة . فأكل الجوز واللوز والتين ونحوها : يحث . وفي عرفنا : في الجوز لا يحث ، لأنه لا يتفكه بالجوز اليابس .

وإذا حلف لا يأكل حَلَوَاءً^(٦) أو حُلَواً أو حلالة، فأكل السكر والقانيد^(٧)، وكل شيء فيه حلالة، و^(٨) ليس من جنسه حامض : يحث، المتخذ وغير المتخذ سواء، كالثالوذج والخبيص والناطف . ولو أكل شيئاً حلواً، من جنسه حامض، مثل العنب^(٩) والرماني^(١٠)، والتفاح

(١) في اوب و : « عصر » .

(٢) « وكان » ليست في ا و ح ، وفي ب : « لائن » - انظر الهامش التالي .

(٣) في ا : « في زمن أبي حنيفة كانوا » . وفي ح : « في عصر أبي حنيفة كانوا » .

(٤) « لا » ليست في ح و ا .

(٥) « فاكهة » ليست في ب .

(٦) في الأئبل وغيره : « حاوا » . ولماها : « حاوى » . ويجوز فيها المد والقصر فيقال : حَلَوَاءٌ وحَاوى والجمع حَلَاوَى (المغرب والمنجد) . وسبأى بدقيل قوله : « فأما في الحَلَوَاءِ » . وانظر الكشاف : ٣ : ٥٩ - ٦٠ .

(٧) القانيد نوع من الحلاوى يعمل من القُنْد والنَشَا، وهي كلمة أعجمية (المصباح) . والقُنْد ما يعمل منه السكر (المصباح) ، وفي المنجد ما يفيد أن القُنْد هو قصب السكر .

(٨) الواو من ح .

(٩) « العنب » من اوب و ح .

(١٠) « الحلو » ليست في ح وفيها : « والرماني » فقط .

الحلو، لا يحنث - وهذا في عرفهم، وفي عرفنا: إذا كان اليمين على الخلاوة والحلو فكذلك، فأما في الحلواء: <ف> يقع على المصنوع من الخلاوة وحدها، أو مع^(١) غيرها كالخبيص والناطف، فلا^(٢) يقع على السكر والفانيذ على الانفراد.

ولو حالف لا يأكُل الخطئة، يقع على أكل عينها، مقلية ومطبوخة، ولا يقع على الخبز، وما يتخذ من الدقيق. وعلى قولهما^(٣): يقع^(٤) على ما يتخذ منها. ولو أكل من عينها ففيها روايتان - وأصل المسألة أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة، ومجاز متعارف، فالعمل بالحقيقة أولى عند أبي حنيفة، وعندهما: العمل بعموم المجاز أولى، وهذا مما يعرف في الجامع الكبير فيمن حلف لا يشرب من الفرات أو من هذا النهر^(٥): فعند أبي حنيفة: يقع على الشرب كراعاً^(٦) حتى أو اغترف بإناء أو ييده: لا يحنث، وعندهما: يقع عليهما، لعموم المجاز.

ولو حالف لا يشرب من الجب، أو البئر، وهو^(٧) غير ملاّن، فشرب ييده أو بإنائه: يحنث، لأنه لا يمكن الشرب منه^(٨) كراعاً.

(١) في أ و ح: «وحدها أما مع».

(٢) كذا في أ. وفي الأصل و ب: «أما لا يقع». وفي ح: «لا يتم».

(٣) في ب: «وعلى قولهم».

(٤) «يقع» من أ و ب و ح.

(٥) في أ و ح: «هذا البحر».

(٦) كـ ر ع في الماء، أو الإناء: «مد عمقه وتناول الماء بفيه من موضعه (المنجد)».

(٧) «وهو» من ب. وليست في أ و ح. وفي الأصل: «وهي».

(٨) «منه» من ح و أ.

ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ، فأكل مما يتخذ منه : يحنث ، لأن عينه لا يؤكل .

وعلى هذا الأصل : إذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة ، فأكل من ثمرتها يحنث ، لأن^(١) عينها لا تؤكل .

. . .

ولو حلف لا يأكل : ولا يشرب ، ولا يلبس ، ونوى طعاماً خاصاً ، وشرباً خاصاً ، وثوباً خاصاً : فإنه لا يصدق ، لأنه نوى خلاف^(٢) مقتضى كلامه ، ولا عموم له^(٣) .

واو قال لا آكل طعاماً ، ولا ألبس ثوباً ، ونوى طعاماً بعينه ، وثوباً بعينه : يصدق ، لأنه نوى تخصيص الملفوظ .

. . .

ولو حلف لا يأكل إداماً فهذا على ثلاثة أوجه :

- إن أكل ما يصطبغ به ويتزق بالخبز ، كالزيت والحل : يحنث ، بالاتفاق ، لأن هذه الأشياء تصير تبعاً للخبز ، ولا تؤكل مقصودة ، بنفسها ، والإدام اسم لهذا .

- وإن أكل مع الخبز عنباً وسائر الفواكه أو البقول ، لا يحنث ، بالاتفاق . لأنها لا تؤكل إداماً مقصوداً ، بل هي تبع للأكل مع الإدام .

(١) في ح و ا : « من هذه الشجرة فإنه يقع على الثمرة لأن عينها لا تؤكل » .

(٢) « خلاف » ن ح و ا .

(٣) « له » ليست في ح و ا .

— وإن أكل مع الجبز الجبن^(١) واللحم والبيض: فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يحنث، ولا يكون ذلك إداماً.

ولو أكل الجبز مع اللحم^(٢): يحنث، لأنه تبع.
ولو أكل الأرز^(٣) والعصائد: لا يحنث، لأنه يؤكل مقصوداً في العرف. وإن كان في موضع^(٤) يؤكل تبعاً للخبز، يكون إداماً عند محمد — والمسألة معروفة.

ولو حلف لا يأكل شواء، ونوى أكل كل مشوى: يحنث. لأنه نوى حقيقة كلامه^(٥). وإن لم يكن له نية: ينصرف إلى اللحم المشوى، لأن الاسم له عادة.

ولو حلف لا يأكل طيخاً، ولا نية له، ينصرف إلى اللحم المطبوخ^(٦)، وإلى المرققة^(٧) المتخذة منه، لما فيها^(٨) من أجزاء اللحم، لأن الطيخ في العرف اسم لهذا، والعبرة للعرف في الباب^(٩) و^(١٠).

(١) ف: «والجبز».

(٢) في أ: «مع الملح».

(٣) ف: «الأرز».

(٤) «في موضع» ليست في ح.

(٥) «كلامه» من أ و ب و ح. وفي الأصل: «حقيقته».

(٦) في ح و أ: «إلى اللحم المطبوخ وإلى المشوى».

(٧) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «المرق».

(٨) في أ و ح: «لأن فيه».

(٩) «في الباب» ليست في ب.

(١٠) زاد في ب: «والله تعالى أعلم بالصواب».

باب

من

اليمين^(١) على أشياء مختلفة

في الباب^(٢) فصول مختلفة ، ومسائل متفرقة :

إذا قال الرجل : « عبده حر^(٣) » وإن وهبت لفلان شيئاً أو تصدقت عليه أو أعرته أو أعطيته أو نخلته أو أقرضته - ثم فعل ذلك ، ولم يقبل المحلوف عليه : فإنه يحنث .

وإن حلف على عقد فيه بدل ، مثل البيع والأجارة والعرف والسلم^(٤) ونحوها ، ففعل الحالف ، ولم يقبل الآخر : لا يحنث - لأن الأول تملك من أحد الجانبين ، إلا أن القبول شرط لثبوت الحكم في حقه ، فقد وجد ما ينطلق عليه الاسم ، فيحنث . والفصل^(٥) الثاني تملك من الجانبين لغة وشرعاً ، فلا^(٦) يتحقق الاسم إلا بوجود الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر .

(١) في أ و ح : « من اليمين » . وفي ب : « باب - اليمين ... » .

(٢) في ح : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٣) في هامش الأصل : « (صح) : أنت حر » .

(٤) في ح : « وقد » .

(٥) كذا في أ و ب . وفي الأصل : « فصل » .

(٦) في ح : « ولا » .

ولو باع بيعاً فاسداً يملك به إذا قبض ، أو صحيحاً ، وقبل ^(١) : يحنث ، لأن اسم البيع لغة يقع على الفاسد والصحيح جميعاً .

ولو باع بيعاً فيه خيار البائع أو المشتري ^(٢) : حنث عند محمد ، وعند أبي يوسف ^(٣) : لا يحنث ، لأنه مع الخيار لا انعقد سيباً ^(٤) . ومحمد يقول : إنه انعقد سيباً لكن تأخر حكمه ، فهو كالبيع الفاسد .

ولو قال : « والله لا أتزوج اليوم » ، ولا نية له ، فزوج نكاحاً فاسداً : لا يحنث ، استحساناً ، لأن المقصود هو الحل في العقد المضاف إلى المستقبل ، فيقيد ^(٥) بالصحيح ، بخلاف البيع ، لأن المقصود ^(٦) ثم هو الملك . وكذلك إذا حلف « لا يصلي » : يقع على الصحيح ، لأن المقصود ^(٧) هو التقرب ، ولا يحصل في الفاسد ^(٨) .

أما إذا حلف في الماضي بأن قال : « والله ما تزوجت » أو « ما صليت » ، فإنه يقع على الفاسد أيضاً ، لأن الغرض هو الإخبار ، والاسم يقع عليهما . ولو حلف « لا يصلي » فكبر ودخل في الصلاة ، لا يحنث ، ما لم يقيد

(١) في ب و ا : « قبل » . وفي الأصل و ح : « وقيل » .

(٢) في ا و ب و ح : « للبائع أو المشتري » .

(٣) في ا : « أو المشتري عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف » .

(٤) في ح و ا : « شيئاً » .

(٥) في ا و ب و ح : « فيقيد » .

(٦) « ثم » من ب .

(٧) « هو الملك لأن ... المقصود » ليست في ا و ح . انظر الهامش التالي .

(٨) في ح : « هو التعريف فحصل في الفاسد » . وفي ا : « هو التقرب فحصل في الفاسد » .

بالسجدة، استحساناً، لأنه أفعال مختلفة، فما لم يوجد الكل لا يسمى مصلياً.
ولو حلف^(١) « لا أصلي صلاة » : لا يحنث، ما لم يصل ركعتين، لأن
أدنى الصلاة ركعتان.

ولو حلف « لا يصلي الظهر » : لا يحنث، ما لم يقعد القعدة^(٢) الأخيرة،
لأن صلاة الظهر مقدرة بالأربع.

ولو حلف « لا يصوم » فأصبح صائماً : يحنث، لأنه يسمى صائماً.
ولو حلف « لا يصوم صوماً » : لم يحنث، ما^(٣) لم يصم اليوم، لأن
أقل الصوم الشرعى يوم كامل.

ولو حلف « لا يحج » أو « لا يحج حجة » : لا يحنث حتى يطوف طواف
الزيارة، لأن الحج عبارة عن أجناس أفعال. فيكون اسم الحج واقعاً
على الكل حقيقة، لا على البعض، وللاكثر حكم الكل.

ولو حلف « لا يعتصر » وأحرم فطاف^(٤) أربعة أشواط، حنث،
لأنه وجد إلاكثر. ولو جامع حتى فسد الحج، لا يحنث، لأن اليمين
انعقدت على الحج الذي هو^(٥) قرية، والفاسد ليس بقربة.

وكذلك إذا حلف « لا يصوم صوماً » ثم أفطر^(٦)، لا يحنث، لأنه
لم يوجد الصوم التام.

(١) في اوب و ح : « ولو قال : » .

(٢) في ح و ا : « في القعدة » .

(٣) « ما » ساقطة من ب .

(٤) في اوب : « فأحرم وطاف » . وفي ح : « فأحرم وطاف » .

(٥) « هو » من اوب و ح . (٦) في اوب و ح : « فأفطر » .

ولو حلف « لا يصوم » فصام ساعة^(١) ثم أفطر . يحنث ، لأن الحنث قد حصل بصوم ساعة ، فبالإفطار لا يبطل الحنث ، وإن فسد الصوم من الأصل .
ولو حلف « ليفطرن »^(٢) عند فلان ، فأفطر بالماء في منزله ، ثم تعشى عند فلان : حنث^(٣) ، لأن شرط بره الإفطار عند فلان ، وهو اسم لما يضاد الصوم ، وذلك حصل في منزله بالماء^(٤) . وإن^(٥) نوى به العشاء عند فلان ، لا يحنث^(٦) . لأنه نوى به^(٧) المتعارف : يقال « فلان يفطر عند فلان » إذا كان يتعشى عنده وإن كان أصل^(٨) الفطر يقع في منزله^(٩) .

وإذا حلف « لا يلبس من غزل فلانة شيئاً » ، ولا نية له ، فلبس ثوباً قد غزلته فلانة : يحنث في يمينه ، لأن الغزل عينه لا يلبس ، فيقع على ما يصنع منه ، وهو الثوب . ولو نوى الغزل بعينه : لا يحنث ، إذا لبس ذلك الثوب^(١٠) ، لأنه نوى حقيقة كلامه .

ولو حلف « لا يلبس ثوباً من غزل فلانة » : يقع على الثوب . ولو نوى الغزل : لا يصدق .

ولو حلف « لا يلبس ثوباً من غزل فلانة » فلبس ثوباً من غزلها

(١) « فصام ساعة » من ح و ا .

(٢) « لا يفطر » .

(٣) « لا يحنث » .

(٤) « بالماء » من ح و ا .

(٥) « وإن » من ح و ا .

(٦) « لا يحنث » . وانظر فيما تقدم الهامش ٣ .

(٧) « نوى به » من ح و ا .

(٨) « أصل » ليست في ح .

(٩) « نوى به » من ح و ا .

(١٠) « لا يلبس ثوباً من غزل فلانة » . وفي ب : « ثوباً فقط » .

وغزل غيرها : لا يحنث ، لأن الثوب اسم اشئ ، مقدر ، فلا يقع على بعضه .
ولو حلف « لا يلبس من غزل فلانة » فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها :
حنث ، لأن البعض يسمى غزلاً .

ولو حلف « لا يلبس من ^(١) غزل فلانة » فلبس ثوباً دَخَرَ يَصُهُ أو تَلَابِيه ^(٢)
من غزل فلانة : يحنث ، لأن هذا القدر صار ملبوساً من غزلها بلبس الثوب .
ولو لبس زراً و ^(٣) عروة من غزلها : لا يحنث ، لأن الزر لا يصير
ملبوساً بلبس القميص ،

ولو لبس تكة من غزلها : لا يحنث ، عند أبي يوسف ، لأنه يقال
« شد » التكة ، ولا يقال « لبس » . وعند محمد : يحنث .

ولو حلف « لا يلبس مما يشتريه ^(٤) فلان » فاشترى فلان ^(٥) مع غيره :

(١) في ا و ح : « لا يلبس ثوباً من » .

(٢) الدَخَارِ يَصُ جَمْعُ الْمَفْرَدِ دَخَرِ يَصُ وَ دَخَرِ يَصُ وَ دَخَرِ يَصُ . وهو أعجمي مرب .
والتَّخْرِ يَصُ لَفَةٌ فِيهِ . وَ دَخَرِ يَصُ الْقَمِيصُ مَا يُوَسِّعُ بِهِ مِنَ الشَّعْبِ أَيْ مَا يُوَصِّلُ بِهِ الْبَدَنَ لِيُوسِّعَهُ .
وقد أنشد للأعشى : « كما زدت في عرض القميص الدخارِصا » كما يقال المدخِرة أيضاً : البَنِيَّةُ
والبَنِيَّةُ (المعرب للجوالقي بتحقيق أحمد شاكر . وكذا المغرب واللسان) .

والتلابيب جمع تاليب وهو ما في موضع اللب من التباب واللبب واللَّبَّةُ هو موضع القلادة
من الصدر (القاموس) .

وفي الأصل كذا : « وخارِصة أو تلابسه » وفي ب : « وخارِصة أو تلبه » . وفي ا و
ح : « وخارِصة أو قبيضة » . والظاهر لنا أن الصحيح في الأصل هو ما انتبتاه في المتن ، وأن
الصحيح في ا و ب و ح : « دَخَرِ يَصُهُ أو تَلَابِيه » مفرد تلابيب .

وفي الكسانى (٣ : ٧٠) : « ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً : لم يحنث
في التكة والزر والعروة والتلبيقة - روى ذلك عن محمد ، لأن هذا ليس بلبس في العادة . ولا يقال
إن كان عليه لا لبس . وقال أبو يوسف : إن لبس رقعة في ثوب شبرا في شر : حنث ، لأن هذا
عنده ، في حكم الكثير فصار لا لبس له » .

والتلبيقة بفتح اللام وكسر الباء أو بكسر اللام وسكون الباء هي الرخِصة كما تقدم .

(٣) في ب : « أو » .

(٤) في ب : « ما يشتري » . (٥) « فلان » من ب .

لم يحث ، لأنه لبس بعض ثوب اشتراه فلان لا كله .
 ولو حلف « لا يأكل مما ^(١) يشتريه فلان » ، فاشترى فلان مع غيره ، فأكل
 منه ^(٢) : حث ^(٣) ، لأنه قد أكل ما اشتراه فلان ^(٤) . لأنه ^(٥) يقع مع البعض .
 ولو حلف « لا يلبس من نسج فلان » ، فنسجه فلان ^(٦) مع غيره : يحث .
 ولو قال ^(٧) « لا يلبس من ثوب نسجه فلان » : لا يحث ، إذا نسجه
 مع غيره ، لما قلنا .
 ولو حلف « لا يأكل من طيبخ فلان » ، فأكل مما طبخ فلان وغيره :
 حث ، لأن كل جزء من الطيبخ طيبخ .
 ولو قال « لا آكل من قدر طبخها فلان » ، فأكل مما طبخ فلان
 مع غيره : لا يحث ، لأن كل جزء من ^(٨) القدر ليس بقدر .
 ولو قال « لا آكل خبز فلان » ، فأكل خبزاً مشتركاً بينه وبين
 غيره : حث ، لأن كل جزء ^(٩) يسمى خبزاً .
 ولو حلف « لا يأكل لفلان رغيفاً » ، فأكل رغيفاً مشتركاً : لا يحث ،
 لأن بعضه لا يسمى رغيفاً .

(١) في ب : « ما » .

(٢) في ب و ح : « فأكل هذا منه » .

(٣) « حث » ساقطة من ح .

(٤) « فلان » من او ح . وفيها : « ما يشتريه فلان » - انظر الهامش التالي .

(٥) « قد أكل ما اشتراه فلان لأنه » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٦) « فلان » من او ب و ح .

(٧) في ب : « ولو حلف » .

(٨) « الطيبخ طيبخ ... كل جزء من » ليست في ح .

(٩) زاد هنا في ح و ا : « من الخبز » .

ولو حلف « لا يأكل مما خبز فلان ، ومما طبخ » ، فالخبز^(١) هو الذى يضرب الخبز^(٢) فى التنوير، دون من عجنه وبسطه ، والطبخ هو الذى يوقد النار دون الذى ينصب القدر و^(٣) يصب الماء واللحم فيه ، وإنما ذلك مقدماته ، لأن الطبخ ما ينضج به^(٤) اللحم ، وذلك يحصل بالإيقاد^(٥) .
ولو حلف « لا يأكل من كسب فلان » ، فالكسب ما يصير ملكاً للأنسان بفعله ، أو بقوله ، مثل الاستيلاء^(٦) ، والاصطياد ، والبيع ، وغيرها ، لأنه لا بد من القبول ، فى حق الحكم^(٧) ، فى الأسباب الشرعية التى ثبت بها الملك ، فأما الميراث > فليس بكسب ، لأنه ثبت به الملك من غير صنعه .
ولو مات المحلوف عليه ، وترك أكسابه^(٨) . فورثه الخالف . فأكل^(٩) :
حش ، لأنه أكل من أكساب^(١٠) المحلوف عليه^(١١) ، لأنه لا يصير^(١٢) كسباً للوارث ، فلم تنقطع^(١٣) الإضافة عن الأول .

ولو باع المحلوف عليه كسبه من رجل ، فأكل منه الخالف : لا يحش ،

(١) فى ا و ح : « مما خبز فلان أو مما طبخ فلان - فالخبز » .

(٢) فى ب : « ما يخبز » .

(٣) « ينصب القدر و » ليست فى ح و ا . وفيها : « دون الذى يصب الماء » .

(٤) فى ح و ا : « ما يطبخ به » . وفى : « ما ينضج به » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « وذلك هو الإيقاد » .

(٦) فى ا و ب و ح : « الاستيلاء » .

(٧) كذا فى ا و ح . وفى ب : « الأحكام » . وفى الأصل : « الملك » .

(٨) فى ا و ح : « اكتسابه » .

(٩) فى ح و ا : « فأكاه » .

(١٠) فى ح و ا : « اكتساب » .

(١١) فى ا : « المحلوف » .

(١٢) فى ح و ا : « لأنه مما يصير » .

(١٣) فى ا و ح : « فلم يقطع » .

لأنه صار كسباً^(١) للمشتري^(٢)، فانقطعت^(٣) الاضافة عن الاول.
وإن حاقف «لا يجلس على الأرض». يجلس على شيء حائل بينه وبين
الأرض^(٤)، كالبورى^(٥) والبساط : فإنه لا يجث ، لأنه يقال جلس
على البساط ، دون الأرض .

ولو جلس على ثيابه : جث ، لأنها^(٦) تبع للجالس : سمي^(٧) جالساً على
الأرض ، لا على ثيابه .

ولو حاقف «لا يجلس على هذا الفراش» فجعل^(٨) فوقه بساطاً آخر ،
جلس عليه : لا يجث ، لأنه انقطعت الاضافة عن الاول^(٩) .

وإن حاقف «لا يجلس على هذا الفراش أو لا ينام^(١٠)» - فجعل فوقه
فراشاً آخر ، فنام عليه^(١١) : لا يجث عند محمد ، لما قلنا . وقال أبو يوسف :
يجث ، لأنه يحصل به زيادة توطئة ولين ، فيكونان مقصودين^(١٢) بالنوم عليهما .

(١) كذا في ا و ب . وفي الأصل : «كسبها» .

(٢) ف ب : «لغير» .

(٣) «رجل فأكل منه... فانقطعت» ليست في ح .

(٤) في ب : «وبين الأرض ، ممتازة عنه» . وفي ا : «الأرض ممتازا عليه» .

وفي ح كذا : «الأرض ممتازة عليه» .

(٥) في ا و ح : «كالبورى» . وفي ب : «كالبورى» . والبورى والبوراء الحصى

المنسوج من القصب (المنجد) .

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : «لأنه» .

(٧) في ا : «سمي» . وفي ح : «سمي» . وفي ب : «يسمى» .

(٨) في ا و ب و ح : «هذا البساط فبسط» .

(٩) «عن الاول» ليست في ا .

(١٠) «أو لا ينام» من ا و ب و ح .

(١١) «فنام عليه» من ا و ح .

(١٢) في ا : «توطئة ولين يكونان مقصودين» . وفي ح : «ولن كانا مكنونان مقصودين» .

وأنجموا أنه إذا حلف «لا يجلس»^(١) على الفراش «فجعل فوقه مجلساً»^(٢)
أو قرأماً^(٣) : حنث . لأنه تبع للفراش .

ولو حلف «لا يجلس على هذا السرير أو الدكان أو السطح» فجعل
فوقه مصلًى أو فراشاً أو بساطاً ، ثم جلس عليه : حنث . لأن السرير
يجلس عليه هكذا^(٤) . غالباً . ولو جعل فوق السرير سريراً أو فوق السطح
سطحاً آخر^(٥) : لا يحنث ، لأن الجلوس يضاف إلى الثاني دون الأول .
ولو نوى الجلوس على اللوح والأرض^(٦) والسطح ، يصدق فيما بينه
وبين الله تعالى ، دون القضاء^(٧) . لأنه خلاف المعتاد ، وإن كان حقيقة .
ولو حلف «لا يجلس على ألواح هذا السرير» فجلس على بساط فوقه :
لا يحنث ، لأنه لم يجلس على اللوح .

ولو حلف «لا يجلس على الأرض»^(٨) ، فجلس على صحن السطح :
يحنث ، لأن ذلك يسمى أرض السطح .

ولو حلف «لا يفعل كذا» فأمر غيره ففعل^(٩) ، ينظر :

(١) زاد هنا في أ و ح : «أو لا ينام» .

(٢) المحبس ثوب يطرح على ظهر الفراش للنوم عليه (القاموس) .

(٣) القير آم الست الرقيق : ومضهم يزيد : وفيه رقم وهوش (المصباح) .

(٤) «هكذا» ليست في أ و ح .

(٥) «آخر» من أ و ح .

(٦) «والأرض» من ب .

(٧) «دون القضاء» من ح و أ .

(٨) «فجلس على بساط فوقه ... على الأرض» ليست في أ .

(٩) في ح و أ : «فأمره غيره بفعل» .

إن كان فعلاً له حقوق تتعلق بالفاعل، فإنه يشترط وجود الفعل من الفاعل حقيقة، ولا يقوم فعل المأمور^(١) مقام^(٢) فعل الأمر^(٣)، كالبيع والشراء^(٤)، واللاجارة والقسمة، لأن^(٥) حقوق هذه العقود تختص بالعاقد المباشر^(٦)، دون الأمر - ولهذا قالوا: إن الوكيل إذا كان هو الخالف: يحنث، لأن حقوق العقد راجعة إليه، إلا إذا كان الخالف ممن لا يلي^(٧) هذه الأفعال بنفسه، كالتقاضي والسلطان ونحوهما.

وإن كان فعلاً لا يتعلق حقوقه بالعاقد، وإنما يتعلق بالأمر، أو ليس له حقوق، كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب^(٨) والذبح والقتل والهبة والصدقة والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة، بأن قال «لا أشارك فلاناً» فأمر إنساناً بأن يشارك مع فلان ويعقد معه عقد الشركة نيابة عنه - إذا فعل هذه الأفعال^(٩) بنفسه، أو أمر غيره ففعل: يحنث. وروى عن أبي يوسف، في الصلح، روايتان.

فإن قال، فيما لا يتعلق حقوقه بالمباشر: «نويت أن أباهر ذلك

(١) في ب: «فعل الأمر».

(٢) «مقام» ليست في أ.

(٣) كذا في أ. وفي ب: «مقام فعله». وفي الأصل: «مقامه».

(٤) كذا في أ وب. وفي الأصل: «أو».

(٥) «فعل المأمور... والقسمة لأن» ليست في ح.

(٦) «المباشر» ليست في ح وأ.

(٧) في أ: «مما لا يلي». وفي ح: «مما يلي».

(٨) في ح: «والصرف». ومثاله أن يخاف «لا يضرب عبده» انظر الصفحة المقابلة.

(٩) «هذه الأفعال» ليست في أ وح.

بنفسى - قال فى الجامع الصغير : يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء . لأنه نوى غير الظاهر ^(١) .

وقال أبه يوسف ومحمد : إذا حلف «لا يضرب عبده» أو «لا يذبح شاته» ، فأمر إنساناً أن يفعل ذلك ^(٢) ففعل ^(٣) ، وقال : عنيت أن أباشر ^(٤) ذلك ^(٥) بنفسى - فإنه يصدق فى القضاء . لأنه نوى حقيقة كلامه ^(٦) .

ولو حلف «لا يشترى دابة» أو «لا يركب دابة» فهى على ما يركبه ^(٧) الناس فى حوائجهم ، وهو ^(٨) الفرس والحمار والبغل ، دون البقر والأبل ، لأنها فى حقيقة اللغة اسم ^(٩) لما يذب على وجه الأرض ، وإنه ^(١٠) غير مراد . فكان المراد ما هو المعتاد عند الناس .

ولو حلف «لا يركب فرساً» ، فهو على العربى لا غير ^(١١) ، والبرذون يقع على الأعمى . والخيل اسم جنس يقع عليهما ^(١٢) .

(١) انظر : محمد ، الجامع الصغير . ص ٦٣ - ٦٤ .

(٢) «أن يفعل ذلك» من أ وح .

(٣) «ففعل» ليست فى أ وح .

(٤) فى أ : «أن لا أباشر» .

(٥) «ذلك» ليست فى أ وح .

(٦) «كلامه» ليست فى ب . انظر : محمد ، الجامع الصغير . ص ٦٣ - ٦٤ .

(٧) كذا فى ب . وفى الأصل وأ وح : «ما يركبها» .

(٨) فى ب : «وهى» . (٩) «اسم» من أ وب وح .

(١٠) كذا فى أ وب وح . وفى الأصل : «لأنه» .

(١١) «لا غير» من أ وح . وانظر الهامش التالى .

(١٢) «ولو حلف لا يركب ... عليهما» ليست فى ب . وفى أ وح : «يقع عليها» . وفى

الكشاف (٣ : ٧١ : ١٨) : «فإن حلف لا يركب الخيل فركب رذونا أو فرسا : يحنث ، لأن الخيل اسم جنس ... فيم جميع أنواعه» . والبرذون التركى من الخيل والجمع الراذين وخلافها الراب (القرب) .

ولو حلف « لا يركب مركباً » ولا نية له ، فهو على كل ما يركب :
من السفينة ، والدواب ، وغيرها . وهذا في عرفهم ، وأما في عرفنا
> ف < يقع على الفرس .

ولو حلف « لا يكلم فلاناً » فناداه من بعيد ، وهو حاضر في مكان
بعيد^(١) : > ف < إن كان في موضع لو أصغى إليه أذنه يسمعه : فإنه يحث في يمينه ،
وإن لم يسمعه لاشتغاله بأمر آخر^(٢) ، وإن كان في موضع لا يسمعه ، لبعده :
فإنه لا يحث .

وكذا إذا كان أصم بحيث لو أصغى إليه أذنه لا يسمع^(٣) : لا يحث ،
لأن تكليم فلان عبارة عن إسماع كلامه إياه ، إلا أن الإسماع أمر باطن ،
فأقيم السبب الظاهر مقامه ، وهو ما ذكرنا .

ولو كان نادماً فناداه حتى أيقظه^(٤) : حث في يمينه ، لأنه أسمع كلامه .
وإن لم يوقظه : لا يحث ، وهو الصحيح^(٥) ، لأن الإنسان لا يعد مكلاً
لنائم إذا لم يتيقظ^(٦) بكلامه ، كما لا يعد متكلاً^(٧) مع^(٨) الغائب .

ولو سلم على قوم والمحلوف عليه فيهم : حث في^(٩) يمينه ، لأنه كلمه ،

(١) « وهو حاضر في مكان بعيد » ليست في ب .

(٢) في ح : « وأمر آخر لا يحث » .

(٣) في ب : « يحث ولو أصغى إليه أذنه وهو لا يسمع » .

(٤) كذا في أ . وفي الأصل « وب » : « أن أيقظه » . وفي ح : « فناداه : أيقظه » .

(٥) كذا في أ وب و ح - وفي الأصل : « فهو الصالح » .

(٦) في ب : « يوقظه » . وفي أ : « يستيقظ » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل « وأ » : « مكلاً » .

(٨) في ح : « مكلاً عن » .

(٩) في « من ح » و « في يمينه » ليست في ب .

وكلم غيرهِ أيضاً ، فإن قصد بالسلام عليهم دونهُ ، تصح نيته فيما بينهُ وبين الله تعالى . لا^(١) به^(١) نوى تخصيص كلامه .

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه^(٢) معه^(٣) في الصلاة : <ف>
إن كان الحالف إماماً ينظر : إن كان المحلوف عليه على^(٤) يمينه :
لا يحنث ، لأن التسليم لا^(٥) ولي كلام في الصلاة ، لا^(٥) به^(٥) بها يخرج عن
الصلاة ، ولا تفسد الصلاة ، فلا يكون من كلام الناس . وإن كان على
يساره^(٥) : فقد اختلف المشايخ فيه .

وإن كان الحالف مقتدياً : فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف كذلك .
لأن المقتدى لا يصير خارجاً عن الصلاة بسلام^(٦) الإمام عندهما ، وعلى
قول محمد : يحنث ، كيفما كان . لا^(٥) به^(٥) صار خارجاً عن صلاته بسلام الإمام .
فوجد كلام^(٧) خارج الصلاة مع فلان ، فيحنث .

ولو كاتب فلاناً أو أشار إليه بالأصبع : فإنه لا يحنث ، لأن هذا
ليس بكلام .

. . .

(١) « لا^(١) به^(١) » من اوب و ح .

(٢) « والمحلوف عليه » ليست في ح .

(٣) « معه » من اوب و ح .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) « على » من ح و ب . وفي ا : « عن » .

(٦) في ا : « ولا بسلام » . وفي ح : « إلا سلام » .

(٧) في اوب و ح : « كلامه » .

ولو حلف «لا يتكلم اليوم». ولا نية له، فصلى وكبر، وقرأ وسبح،
لا يحنث، استجساناً، لأن هذا لا يسمى كلام الناس في العرف.

ولو قرأ خارج الصلاة^(١). أو سبح، أو هلى، أو كبر، يحنث عندنا،
خلافًا لشافعى، لأن هذا كلام حقيقة^(٢)، لكن حالة الصلاة مستثناة
بدلالة الحال، وقيل: هذا في عرفهم. وأما في عرفنا: <ف> لا يحنث،
لأن هذا لا يسمى متكلمًا، كما^(٣) في الصلاة.

واو حلف «لا يكلم فلاناً عاجلاً أو آجلاً». فالعاجل يقع على أقل من
الشهر، والآجل يقع على الشهر فصاعداً.

ولو حلف «لا يكلمه إلى بعد»، ولا نية له: فإنه يقع على أكثر من الشهر.
ولو قال «إلى قريب»: يقع على الشهر فما دونه.

ولو حلف «لا يكلم فلاناً أياماً كثيرة»: فعلى قول أبى حنيفة رضى
الله عنه: يقع على العشرة، وعلى قولهما: يقع على سبعة أيام.

وعلى هذا الخلاف^(٤): لو حلف «لا يكلم فلاناً الايام»: عند أبى
حنيفة: يقع على العشرة، وعندهما: على سبعة.

ولو حلف «لا يكلمه^(٥) أياماً»: <ف> في رواية الجامع^(٦): يقع على

(١) « الصلاة » من ا و ب و ح .

(٢) « حقيقة » ليست فى ح و ا .

(٣) « كما » من ا و ب و ح .

(٤) « الخلاف » من ح و ا .

(٥) الهاء من ا و ب و ح .

(٦) فى ا و ح : « الجامع الصغير » . انظر الهامش بـ الدالتالى (الهامش ٢ من ٤٩٣) .

ثلاثة أيام^(١). وفي رواية كتاب الأيمان: يقع على العشرة عنده،
وعندهما: على سبعة^(٢).

وعلى هذا الخلاف: إذا حلف أن لا يكلمه^(٣) الشهور^(٤) أو السنين،
(بالألف واللام): > ف < عند أبي حنيفة يقع على عشرة. وعندهما: في
الشهور يقع على اثني عشر شهرا، وفي السنين^(٥) يقع على الأبد^(٦).
ولو حلف لا يكلمه^(٧) شهرا أو أشهر^(٨): فعلى ثلاثة أشهر^(٩)
بالاتفاق^(١٠).

(١) «أيام» من ا و ح. وانظر الهامش التالي.

(٢) في الجامع الكبير (ص ٦٠): «ولو قال: لذكرتك الأمانة أو الدهور أو الجمع
أو الأيام أو الشهور أو السنين فهو في قول أبي حنيفة رضي الله عندهما وعشرة من كل صنف،
وفي قول أبي يوسف ومحمد رضي الله تعالى عنهما في قوله: الأمانة والدهور والسنين والجمع
على الأبد، وفي الأيام على سبعة، وفي الشهور على اثني عشر. ولو قال: إن ذكرتك أياما أو شهورا
أو سنينا أو دهورا أو جمعا فهو على ثلاثة من هذا كله في قولهم». وفي الجامع الصغير (ص ٦١):
«رجل قال لعبد: إن خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فأكثر الأيام عشرة أيام. وقال أبو يوسف:
هو سبعة أيام».

(٣) الهاء من ح و ب.

(٤) في ح: «الشهر».

(٥) «يقع على عشرة... السنين» من ا و ب و ح.

(٦) راجع الهامش المتقدم والهامش ٢.

(٧) الهاء من ب.

(٨) في ب: «أو شهرا».

(٩) «أشهر» من ب. راجع الهامش ٢.

(١٠) «ولو حلف لا يكلمه شهرا... بالاتفاق» ليست في ح و ا. راجع الهامش ٢.

ولو حلف «لا يكلمه»^(١) جمعا أو «الجمع»^(٢) : «ف» في المنكر يقع على ثلاثة بالاتفاق ، وفي المعرفة : عند أبي حنيفة : على عشرة جمع^(٣) ، وعندهما : على جمع^(٤) إلا بد .

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن المعرفة يقع على الجنس ، وعندهما على المهود إن كان ، وإلا فيقع على الكل ؛ وفي المنكر يقع على أقل الجمع بالإجماع^(٥) ، وهو ثلاثة .

ولو حلف «لا يكلمه»^(٦) دهرأ أو الدهر^(٧) : «فمندهما»^(٨) : يقع في المنكر على ستة أشهر ، وفي المعرفة يقع على العمر ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : إن كان^(٩) له نية فعلى مانوى ، وإن لم يكن له نية فما أدري ما الدهر . ومن أصحابنا من قال : لا خلاف فى الدهر أنه على الأبد ، وإنما قال أبو حنيفة «لا أدري ما الدهر»^(١٠) إذا قال «دهرا» .

ولو حلف «لا يكلم فلاناً حيناً ، أو زماناً ، أو حيناً ، أو الزمان» : فإنه

(١) المء من اوب و ح .

(٢) فى اوب و ح : «و» .

(٣) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : «أو الجمء» .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : «جمء» . راجع الهامش ٢ س ٤٩٣ .

(٥) «جمع» ليست فى ب .

(٦) «بالإجماع» ليست فى اوب و ح .

(٧) المء من اوب و ح .

(٨) فى ح : «أو الدهور» .

(٩) فى ب : «فمنده» .

(١٠) فى ب : «كانت» .

(١١) «ما الدهر» من اوب و ح .

يقع على ستة أشهر ، لأنه يستعمل في أربعين سنة ، وفي الزمان القليل أيضاً يستعمل ، ويستعمل في ستة أشهر - فحمل على ستة أشهر ، لأننا لا (١) نعلم أنه لا (٢) يريد به القليل (٣) الكثير ، فحمل على الوسط .

ولو حلف «ليضربن عبده عشرة أسواط» ، فجمع عشرة أسواط وضربه مرة واحدة . وأصاب الجميع جلده : لا يحنث . لأنه ضربه عشرة أسواط (٤) . فأما إذا لم يصب كل سوط جلده ، فإنه يحنث ، لأنه لا يسمى ضارباً عشرة أسواط (٥) .

ولو حلف « لا يقتل فلانا في المسجد أو لا يضربه أو لا يرمى إليه أو لا يشتمه » : فشكل فعل له أثر في المفعول يعتبر وجود الأثر ، ويتعلق بمكان المفعول ، وإن لم يكن له أثر ، يعتبر مكان (٦) الفاعل : ففي (٧) القتل والضرب والرمي : يعتبر مكان المفعول ، حتى لو كان الفاعل خارج المسجد والمفعول في المسجد : يحنث ، ولو كان على عكسه : لا يحنث . وفي الشتم : لو كان الشاتم خارج المسجد (٨) ، والمشتوم في المسجد :

(١) « لا » من ا و ح .

(٢) في ح : « أنه يريد القليل » .

(٣) في ب : « أو » .

(٤) « فجمع عشرة أسواط ... عشرة أسواط » ليست في ب .

(٥) « فإذا لم يصب ... عشرة أسواط » ليست في ا و ح . وفي ب : « بعشرة أسواط » .

(٦) في ا و ح : « بمكان » .

(٧) الفاء من ا و ب و ح .

(٨) « المسجد » ليست في ح و ا .

لا يَحْثُ^(١) ، وعلى عكسه : يَحْثُ^(٢) .

ولو قال « لا^(٣) أَزْوَجَ فِي مَكَانٍ كَذَا أَوْ فِي يَوْمٍ كَذَا » فزوجه الفضولى امرأة فى مكان آخر أو^(٤) فى يوم آخر ، فبأنه الخبر ، فأجازه فى المكان الذى حلف وفى اليوم الذى حلف : يَحْثُ ، ويعتبر مكان الإجازة ، لأن له أثرا وهو الحكم .

وكذا فى البيع والشراء : يعتبر^(٥) مكان الإجازة ويوم الإجازة .

وقال محمد : فى العقد الشرعى : يعتبر مكان الفاعل وزمانه ، وفى القتل :

كما قال أبو يوسف ، لأن الحكم يثبت من^(٦) وقت العقد .

ولو حلف « لا يدخل هذا^(٧) القسطاط » ، وهو مضروب فى مكان ،

فقلع وضرب فى مكان آخر ، فدخله^(٨) : حث ، لأن اليمين يقع على العين ، والعين^(٩) باقى .

ولو حلف « لا يجلس إلى هذه الاسطوانة » وهى مبنية أو « إلى هذا

(١) « لا يَحْثُ » ليست فى ح .

(٢) « يَحْثُ » ليست فى ب .

(٣) « لا » ليست ح .

(٤) المزمرة من أ . وفى ب : « فى مكان آخر فى يوم آخر » فليس فيها : « أو » .

(٥) كذا فى ح و أ . وفى ب : « المتبر مكان . . . » وفى الأصل كلمة غير واضحة .

(٦) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « بين » .

(٧) كذا فى أ و ب و ح . وفى الأصل : « هذه » .

(٨) « فدخله » من أ و ب و ح .

(٩) فى أ و ح : « على العين واليمين » .

الحائط » ، فهدما ، ثم بنيا بنقضها^(١) ، فجلس إليه : لا يحنث ، لأن العائد غير الأول .

ولو حلف « لا يكتب بهذا القلم » ، فكسر القلم ، بحيث لم يبق له صورته^(٢) ، ثم براه ، فكذب به : لم يحنث ، لأن بعد^(٣) الكسر هو أنوبة ، فإذا براه ، فهو غير الأول .

وكذا إذا حلف على مقص أو سكين أو سيف ، فكسر ، ثم أعاده ثانيا : لا يحنث ، لأنه غير الأول .

ولو زرع مسمار المقص ، ونصاب السكين ، وجعل مكانه مسمارا آخر^(٤) أو نصابا آخر يحنث ، لأن الأول باق ، وإنما فات وصف التركيب^(٥) . ولو حلف « لا يدخل هذه الدار » فجعلها بستانا أو حماما أو مسجدا : لا يحنث ، لأنها صارت شيئا آخر من حيث الانتفاع والغرض .

ولو حلف « لا يدخل هذا البيت » فهدمه ثم بناه ثانيا ، فدخل : لا يحنث ، لأن الميت اسم للمبنى ، وهذا غير بناء^(٦) الأول ، بخلاف الدار إذا هدمها ، ثم بناها ثانيا ، فدخلها ، أو دخل وهي مهدومة : يحنث ، لأن الدار اسم للعروة ، والبناء تابع^(٧) .

(١) في ب : « بنقضها » . وفي ح : « قدم ثم بنى » بنقضها . وفي ا : « قدم ثم بنى بعد بنقضها » .

(٢) في ب : « صورة » . وفي ا و ح : « بحيث لم يبق صورته » .

(٣) « بعد » ساقطة من ا و ح .

(٤) الهمزة من ا و ب و ح .

(٥) « آخر » من ا و ح .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « التركيب » .

(٧) في ا و ح : « البناء » . (٨) « تابع » ليست في ا .

ولو كان اليمين على خوف أو قيص أو جبة ، ففتقها ، ثم أعادها : حنث ، لأن العائد عين ^(١) الأول .

ولو فتق القميص فجعله جبة محشوة ، لم يحنث ، لأن الجبة غير القميص .
ولو حلفت المرأة « لا تلبس هذه الملحفة » ^(٢) فخط جانبها ، فجعلت ^(٣)
درعا ، وجعلت ^(٤) لها جيبا ، فلبستها : لم تحنث ، لأن الدرع ^(٥) غير
الملحفة ^(٦) .

ولو حلف « لا أكلم عبد فلان » أو « لا أدخل دار ^(٧) فلان » أو ^(٨)
« لا أركب دابة فلان ^(٩) » أو « لا ألبس ثوب فلان » ولم يمين ، ثم زال
الملك ^(١٠) ، فكلم العبد ، أو دخل الدار ، أو ركب الدابة ، أو لبس ذلك
الثوب : لا يحنث ، بالإجماع . بخلاف الزوجة والصدیق ، لأنه يحتمل
أن يكون الحلف لمعنى فيهما ^(١١) . فأما إذا عين فقال « لا أكلم ^(١٢) عبد

(١) في ا : « غير » . (٢) انظر فيما يلي الهامش ٦ .

(٣) في ا : « فجعلها » . وفي ح هكذا : « فخط جانبها فجعلها » .

(٤) في ب : « وجعل » .

(٥) كذا في ا وب و ح . وفي الاصل : « الدرعة » .

(٦) درع المرأة قيصها والملحفة هي السلالة التي تلتحف بها المرأة (المصباح) .

(٧) كذا في ا و ب . وفي ح : « ولا يدخل الدار فلان » . وفي الاصل : « لا أدخل أو فلان » .

(٨) « أو » من ا وب و ح .

(٩) في ح : « أو لا يركب الدابة فلان » ففي ح : « ولو حلف لا يكلم عبد فلان ولا يدخل

الدار فلان أو لا يركب الدابة فلان » .

(١٠) في ح : « ولم يمين وذلك في ملكه ثم زال الملك » . وفي ا : « ولم يمين وذلك

في ملكه ثم زال الملك » .

(١١) « بخلاف الزوجة » . لمعنى فيهما من ب مع إضافة « الحالف » من ا و ح . والعبارة

في ا و ح مع خلاف يسير في اللفظ انظر فيما بعد الهامش ١٢ ص ٤٩٩ .

(١٢) كذا في ب . و « لا أكلم » ليست في ا و ح . وفي الاصل : « لا أعلم » .

فلان هذا^(١) «أو» < لا أدخل > دار فلان هذه^(٢) ، أو «لا أركب دابة فلان هذه» أو «لا ألبس ثوب فلان^(٣)» هذا : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : تبقى اليمين بقاء الإضافة ، فإذا زالت بزوال الملك ، تبطل اليمين ، إلا أن يعين^(٤) سكنى^(٥) هذه الدار خاصة . وقال محمد : يحث ، وإن زال ملك فلان^(٦) ، إلا أن يعنى^(٧) ، مادام ملكا لفلان .

ولو حلف «لا يكلم زوجة فلان هذه» أو «صديق فلان هذا» ، وزال^(٨) النكاح والصدقة فكلم : حث ، بالإجماع . ولو حلف «لا أكلم هذا العبد» أو^(٩) «لا أدخل هذه الدار» أو^(١٠) «لا أركب هذه الدابة» يعتبر العين بالإجماع .

فأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الإضافة شرطا^(١١) لليمين . لأن الظاهر بهذه الإضافة الامتناع من الكلام لمعنى في المالك ، كما إذا لم يكن معنا^(١٢) ،

(١) «هذا» ليست في ب .

(٢) في ح : «هذه» .

(٣) «فلان» من أوب و ح .

(٤) في ب : «يعنى» .

(٥) كذا في أوب و ح . وفي الاصل : «السكنى» .

(٦) في أ و ح : «الملك» .

(٧) في أ و ح : «يعين» .

(٨) في أوب و ح : «زوال» .

(٩) و (١٠) الهضرة من أ .

(١١) «شرطا» من أوب و ح .

(١٢) زاد في ب هنا عبارة تقدمت وهي : «بخلاف الزوجة والصديق لأنه يجوز أن

يكون المعنى فيها» . راجع الهامش ١١ ص ٤٩٨ .

ومحمد رحمه الله جعل الإضافة للتعريف بمنزلة الاسم إذا وجد التعيين حتى لا^(١) يلفو التعيين. كما في الزوجة والصديق عند التعيين.

ولو حلف «لا يدخل دار فلان» و^(٢) «لا يلبس ثوب فلان»^(٣) و^(٤) «لا يركب دابة فلان» و^(٥) «لا يكلم عبد فلان» و^(٦) «لا يأكل عند فلان» و^(٧) «لا يأكل»^(٨) طعام فلان» و^(٩) «لا يشرب شراب»^(١٠) فلان» فهذا على ما في ملكه^(١١) يوم فعل الذي حلف عليه، ولا يشترط قيام الملك يوم حلف. هذا جواب ظاهر الروايات عن أصحابنا. وروى ابن سماعة عن محمد أنه يقع على ما في ملكه يوم حلف ولا يحمل على ما يحدث فيه الملك. وروى عن^(١٢) أبي يوسف أنه قال: فيما يستدام فيه الملك ولا يتجدد ساعة فساعة: فاليمين على ما في ملكه، كالدار^(١٣) والعبد والثوب، وما يتجدد فيه الملك حالا فحالا في العادة^(١٤): فإنه يقع على ما في^(١٥) ملكه يوم

(١) «لا» ليست في أ و ح.

(٢) في أ و ح: «أو».

(٣) «فلان» ليست في ب.

(٤) في أ و ح: «أو».

(٥) في أ و ب و ح: «أو».

(٦) و(٧) في أ: «أو».

(٨) «عند فلان ولا يأكل» من ح.

(٩) في أ: «أو».

(١٠) في أ و ح: «من شراب».

(١١) في أ و ح: «على ما يملكه». وفي ب: «على ما يملكه».

(١٢) «محمد أنه يقع... وروى عن» ليست في أ و ح. قميها: «وروى ابن سماعة عن أبي يوسف».

(١٣) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «الدار».

(١٤) في ب كذا: «فحالا لا في العادة». (١٥) في «ليست في أ و ح».

فعل^(١)، كالطعام^(٢) والشراب .

والصحيح جواب ظاهر الروايات ، لأن هذه اليمين عقدت على النع من الفعل في ملك فلان ، فيعتبر^(٣) يوم الفعل .

ولو حلف « لا يدخل دار فلان » فدخل دارا هو ساكنها ، بالملك أو بالإجارة أو بالإعارة ، فهو سواء ، ويحث ، لأن الدار تضاف إلى المستأجر والمستعير في العرف .

واو حلف^(٤) « من بشرني من عيدي بقدم فلان فهو حر » فبشره جماعة من عيده : فإن كانوا^(٥) معا : عتقوا ، وإن سبقهم واحد منهم ثم الباقيون : يعتق السابق . وإن حصل له العلم بقدم فلان ، بخبر غيرهم ، أو بالمشاهدة منه^(٦) ثم أخبره من العيد^(٧) الذين حلف بعقوبتهم ، فإنه لا يعتق واحد منهم ، لأن البشارة خبر سار ليس عند المخبر به خبره ، وهذا لا يحصل إذا كان له علم قبل خبره . وإذا لم يكن عالما ، حصل العلم بخبر الجماعة معا ، فيحث^{(٨) و(٩)} .

(١) في ا و ح : « يوم فعل الذي حلف » . ففيها زاد هنا : « الذي حلف » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فالطعام » .

(٣) « فيعتبر » ليست في ب .

(٤) في ب : « ولو قال » .

(٥) « فإن كانوا » ليست في ا و ح .

(٦) « منه » من ا و ح .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « العابد » .

(٨) في ا و ح كذا : « معا صحت » .

(٩) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

النذر

إذا^(١) نذر لله سبحانه وتعالى بما هو قربة وطاعة ، يجب عليه الوفاء به ، ولم يجب عليه غير ذلك. وإن كان مباحاً لا يجب عليه شيء . وإن كان معصية لم يجب عليه الوفاء به^(٢) . وعليه كفارة اليمين إذا فعله^(٣) .

و^(٤) أصله قوله عليه السلام : « من نذر نذراً أن يطيع الله فليطعه^(٥) ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » . وقال عليه السلام : « النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين^(٦) » .

وهذا على الرواية المشهورة عن أصحابنا فيمن قال « لله على أن أصوم سنة ونحوها » يلزمه الوفاء بها ، ولا يجزئه كفارة اليمين . وفي رواية : تجزئه كفارة اليمين^(٧) .

(١) في ح : « قال رحمه الله : إذا » .

(٢) « ولم يجب عليه غير ذلك ... الوفاء به » ليست في ب .

(٣) أي فعل الواجب وهو الحنث . وفي مقت التنوير (على هامش حاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة الاثميرية ، ٣ : ٦٤) : « ومن حاف على معصية كعدم الكلام مع أبويه أو قتل فلان اليوم وجب الحنث والتكفير » .

(٤) الواو من ح و ا .

(٥) في ب : « فليطع » . وفي ا : « فليطعه » . وفي ح : « فليطعه » .

(٦) في ا وح : « اليمين » .

(٧) وفي رواية تجزئه كفارة اليمين « ليست في ا » .

وقالوا : رجع أبو حنيفة رحمه الله عن الجواب الأول ، إليه - وهو قول الشافعي ^(١) . والمسألة معروفة .

ولو قال « الله على أن أحج ماشيا » يلزمه الحج ماشيا ، فلو حج راكبا يجزئته ، وعليه إراقة الدم ، لأن النذر ملحق بالأمر ، والحج الواجب راكبا لا ماشيا ، فخرج عن نذره لكن يلزمه الدم ^(٢) ، لأنه أدخل نقصا - وفيه ورد الحديث هكذا .

ولو قال « الله على أن أصلي ركعتين ^(٣) يوم كذا » أو « في موضع كذا » فصلى قبل ذلك اليوم ، أو في موضع آخر : أجزاء ، عنه .
ولو قال « الله على أن أتصدق يوم كذا » أو « على مساكين بلد كذا ^(٤) » فإنه لا يتقيد بذلك .

ولو قال ^(٥) « الله على أن أصوم رجب » فصام شهرا قبل ذلك ^(٦) ، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قول محمد : لا يجزئه .
أما الصلاة فلا تتقيد بالمسكان واليوم ، لأن معنى القرية في نفس الفعل ، وكذا الصدقة . وأما الصوم فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان : إن ذكر

(١) في ا و ح : « عن الجواب الأول » إليه ، في سبعة أيام قبل موته - كذا روى أخذ هذا القول الشافعي .

(٢) « الدم » ليست في ح و ا .

(٣) زد في ا و ح هنا : « في » .

(٤) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مساكين بكذا » .

(٥) « قال » ليست في ح .

(٦) في ا و ب و ح : « قبله » .

الوقت للتقدير لالتعين^(١) الواجب، لأن الأوقات، في معنى العبادة، سواء.
ولو قال «على طعام مساكين» ولم يكن له نية - فعليه أن يطعم عشرة
مساكين : كل مسكين نصف صاع من بر^(٢) .
ولو قال «لله على صدقة» ولم يكن له نية : فعليه نصف صاع^(٣) .
ولو قال «لله على صوم» : فعليه صوم يوم .
ولو قال «لله على أن أصلي صلاة»^(٤) : فعليه^(٥) ركعتان ، لأن النذر
معتبر^(٦) بالأمر ، فإذا لم يذكر فيه^(٧) التقدير ، اعتبر أدنى ما ورد في^(٨)
الأمر ، وهو ما ذكرنا^(٩) .

-
- (١) في او ح : «التقدير لا لتعين الواجب» . وفي ب : «للتقدير لا لتعين الواجب» .
(٢) « من بر » ليست في ح و ا .
(٣) « واو قال : لله ... نصف صاع » ليست في ا .
(٤) « صلاة » ليست في او ح .
(٥) « فعليه » ليست في ح و ب . وفي ب : « ركعتان » .
(٦) في ب : « متين » .
(٧) « فيه » ليست في او ح .
(٨) في او ح : « فيه » .
(٩) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب

كفارة اليمين

الحاثة (١) لا يخلو : إما إن كان موسرا ، أو معسرا .

فإن كان موسرا

فهو مخير بين ثلاثة أشياء : بين الإطعام ، والكسوة ، والاعتاق - لقوله تعالى : « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة (الآية) (٢) » .
فإن اختار الطعام :

يمطى كل مسكين نصف صاع (٣) من حنطة ، أو صاعا من شعير ، أو دقيقهما (٤) ، أو صاعا من تمر (٥) ، أو قيمة هذه الأشياء : دراهم (٦) ودينارين أو عروضا ، كما في صدقة الفطر على ما ذكرنا (٧) .

ولو دعا عشرة مساكين ، فغداهم وعشاهم ، مشبعا ، خبزنا مع الإدام . أو بغير الإدام ، أو سويقا ، أو تمرا - كان جائزا ، لأن الله

(١) في ح : « قال رحمه الله : الحاثة » .

(٢) المائدة : ٨٩ ونصها : « لا يؤخذكم الله فالفا في إيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتُمْ واحفظوا أيمانكم كذلك بين الله لكم آياته لعلكم تشكرون » .

(٣) « نصف صاع » ليست في ب .

(٤) في أ و ح : « أو صاعا من دقيق » .

(٥) في ح : « أو تمرا » . (٦) في أ و ب و ح : « أو » .

(٧) راجع ص ٥١٦ وما بعدها من الجزء الأول .

تعالى أمر بالإطعام ، وهو اسم للفعل ، إلا أن التملك (١) عرفناه بدلالة النص ، والإطعام في حق الأهل قد يكون مع الإدام (٢) ، وقد يكون بغيره .

ولو أطعم مسكيننا واحدا عشرة أيام ، غداء وعشاء ، أو أعطى مسكيننا واحدا ، عشرة أيام ، كل يوم نصف صاع ، جاز ، لأن المقصود سد خلة عشرة مساكين ، عشرة أيام . وقد حصل (٣) .

ولو أطعم عشرة مساكين في يوم (٤) غداء ، وأعطى كل واحد مدا (٥) من الطعام ، جاز ، لأنه جمع بين التملك وطعام الإباحة .

وكذا لو غدى رجلا واحدا ، عشرين يوما ، أو عشى رجلا (٦) في رمضان عشرين يوما (٧) ، جاز ، لأن المقصود قد حصل .

ولو أعطى مسكيننا واحدا ، طعام عشرة ، في يوم واحد ، لم يجز ، لأن الله تعالى أمر بسد جوعة (٨) عشرة مساكين ، جملة (٩) أو متفرقا على الأيام ، ولم يوجد .

(١) في ب : « لأن التملك » .

(٢) « قد يكون مع الإدام » ليست في ح .

(٣) « واحدا عشرة أيام . . . حصل » ليست في ب .

(٤) « في يوم » ليست في ح و ا .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل وهامشه : « وأعطى كل واحد قدرا من الطعام واحدا : مدا » .

(٦) كذا في ا و ح . وفي ب مكتوبة هكذا : « رجلان » . وفي الأصل : « عشرين رجلا في رمضان عشرين يوما » .

(٧) في ا و ح : « ليلة » .

(٨) في ب و ح : « جوع » . (٩) في ب : « جماعة » .

ولو أطعم فقراء أهل الزمة ، جاز ، وفقراء المسلمين أفضل ، كما ذكرنا في صدقة الفطر ، خلافاً لأبي يوسف ^(١) .

. . .

وإن اختار الكسوة :

كسا كل مسكين ثوبين . وإن كساهم ^(٢) ثوباً جامعاً نحو القميص ، والقباء ، والملحفة ، والكساء : جاز ، لأن الله تعالى أمر بالاكساء ^(٣) ، فكل ثوب يصير به كاسياً دخل تحت النص ^(٤) .

ولو كساه قلنسوة أو عمامة : لا يجوز ^(٥) ، لأنه لا يسمى به كاسياً ^(٦) . ولو كساه سراويل ^(٧) ، قال : لا يجوز .

ولو كساه إزاراً : جاز ، ولكن أراد به أن يكون من الرأس إلى القدم . وأما إذا كان يستر به العورة ولا يستر البدن : لا يجوز - وهذا جواب ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال : إذا كان مما يستر به العورة ، وتجاوز فيه الصلاة : يجوز . والمعتبر في ظاهر الرواية ما يسمى لا بسا ، ولا بس السراويل ^(٨) يسمى عريانا .

ولو أن قيمة العمامة والسراويل ^(٩) بلغت قيمة الطعام - هل يقع عن

(١) راجع ص ٢٦٩ وما بعدها من الجزء الأول .

(٢) في أ و ح : « ثوبين وكساهم » . وفي ب : « ثوبين وإن كساه » . (٣) في ب : « بالكسوة » .

(٤) « تحت النص » من أ و ح و « دخل تحت النص » ليست في ب .

(٥) « ولو كساه قلنسوة . . . لا يجوز » ليست في ب .

(٦) « لأنه لا يسمى به كاسياً » ليست في أ و ب و ح .

(٧) كذا في ح . وفي أ و ب : « سراويل » . وفي الأصل : « سرايلا » . والسير بال

بالكسر القميص أو الدرع أو كل ما ليس (القاموس) .

(٨) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « السراويل » راجع المامش المتقدم .

(٩) في أ : « أو قيمة السراويل » .

الطعام؟ عند محمد: يقع بغير نية، إذا وجدت منه نية^(١) الكفارة. وعند أبي يوسف: لا يقع^(٢) ما لم ينو الكسوة^(٣) عن الطعام.

وأما إذا اختار التحوير:

< ف > إن أعتق رقبة مطلقة كاملة الذات، وكاملة الرق، بنية الكفارة، بأى صفة كانت: جاز. صغيرا كان أو كبيرا، مسلما كان أو ذميا، لأن الله تعالى أمر بإعتاق رقبة مطابقة، بقوله: «أو تحرير رقبة»^(٤) - وكذا في كفارة الظهار، وهذا عندنا.

وعند الشافعى: لا يجوز إلا المؤمنة، كما في كفارة القتل. ولو أعتق رقبة معيبة: فلا أصل^(٥) فيه أن كل عيب يوجب فوات جنس المنفعة، يمنع عن الكفارة، وإلا فلا. إذا ثبت هذا نقول:

إذا أعتق عبدا أعور، أو مقطوع إحدى اليدين، أو الرجلين^(٦)، أو اليد^(٧) أو الرجل من خلاف، أجزأه، لأن منفعة الجنس باقية.

ولو أعتق الأعمى أو^(٨) المقطوع اليدين أو^(٩) الرجلين^(١٠) و^(١١)،

(١) كذا في ا و ح وفي ب: «إذا وجدت بنية الكفارة» وفي الأصل: «إذا وجدت بنية الكفارة».

(٢) في ا و ب و ح: «لا يجوز».

(٣) في ب: «عن الكسوة».

(٤) راجع فيما تقدم المأش ٢ ص ٥٥٥.

(٥) القاء من ا و ب و ح.

(٦) في ا: «أو إحدى الرجلين».

(٧) في ح: «أو».

(٨) الممزة من ا و ب.

(٩) الممزة من ب.

(١٠) «أو الرجلين» ليست في ا و ح.

(١١) في ب: «أو المقطوعة اليدين أو الرجلين واليد والرجل أو المقطوعة اليد والرجل».

أو المقطوع اليد و^(١) الرجل من^(٢) جانب واحد، لا يجوز، لأن منفعة الجنس معدومة.

وأما المخنون المغلوب، فلا يجوز^(٣)، لأن منفعة الجنس معدومة. ولو أعتق مفأوجاً يابس الشق: لا يجوز، لأنه فات منفعة الجنس. ولو أعتق الحمل: لا يجوز، وإن ولد حياً بعد يوم، لأنه في معنى الأجزاء من وجه.

وأما الأصم: فالقباس أن لا يجوز. وفي الاستحسان: يجوز، لأنه إذا بولغ في الصباح، يسمع، فلا يفوت جنس المنفعة. وأما الآخرس: <ف> لا يجوز^(٤)، لما قلنا.

ولو أعتق حلال الدم، جاز. لأنه رقة كاملة لوجود الملك، واسم الرقة وجوب^(٥) القصاص^(٦)، لا يمنع جواز التكفير به^(٧)، وإنما وجب عليه حق^(٨).

(١) في ح: «أو».

(٢) فالعبارة في ح: «ولو أعتق الأصمى والمقطوع اليدين أو مقطوع اليد أو الرجل من جانب واحد». وفي ا: «ولو أعتق الأصمى أو المقطوع اليدين أو مقطوع اليد والرجل من جانب واحد». وفي ب: «ولو أعتق الأصمى أو المقطوعة اليدين أو الرجاين واليد والرجل أو المقطوعة البدن والرجل من جانب واحد».

(٣) في ب: «فلا يجزى».

(٤) «لا يجوز» من ا و ب و ح.

(٥) في ب: «فوجب». وفي ا و ح: «فوجب».

(٦) في ح: «القضاء» فقيها: «فوجب القضاء».

(٧) «به» من ا و ب و ح.

(٨) عبارة «ولمّا وجب عليه حق» وردت في ا و ب و ح بعد قوله: «لأنه رقة كاملة»

ولو أعتق عبدا مديونا ، جاز ، وللغرماء حق الاستسعاء .
ولو أعتق ذارحم محرم^(١) منه عن الكفارة ، جاز ، عندنا ،
خلافًا للشافعي .

ولو أعتق المكاتب - جاز ، عندنا^(٢) - خلافًا له .
ولو أدى بعض بدل الكتابة : لا يجوز ، بالإجماع^(٣) .
ولو أعتق عبدا مشتركا بينه وبين شريكه ، وهو موسر ، واختار
الشريك الضمان حتى عتق كله عن المعتق ، لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما :
يجوز - لأن الائتاق لا يتجزأ عندهما ، فيقع الكل^(٤) عن الكفارة ،
وثبت الملك بالضمان سابقا . وعند أبي حنيفة الائتاق يتجزأ : فإذا أعتق
النصف جاز ، وينتقص^(٥) ، فإذا ضمن مَلِك النصف الناقص^(٦) و^(٧) ،
وإعتاق^(٨) الناقص لا يجوز^(٩) .

وبمثله لو^(١٠) أعتق نصف عبده عن الكفارة ثم أعتق النصف الباقي :

-
- (١) « محرم » ليست في ح .
 - (٢) « عندنا » ليست في ح .
 - (٣) « بالإجماع » من أ .
 - (٤) « فيقع الكل » ليست في أ و ح .
 - (٥) في أ و ح : « وتقص » .
 - (٦) في أ و ح : « فإذا ملك ضمن ملك النصف الناقص » .
 - (٧) من هنا بدأ نقص في ح (المخطوط ٧٤٢ وقته حنفى بدار الكتب المصرية) يستمر للـ
جزء من كتاب المضاربة .
 - (٨) في ب : « واعتبار » .
 - (٩) « لا يجوز » ليست في أ .
 - (١٠) في أ : « ولو » .

جاء، وبين الأمرين فرق بعيد^(١).

وإن كان معسرا حتى وجبت السعاية على^(٢) العبد، لا يجوز، لأنه يجب^(٣) عليه السعاية، فيصير كالتق بعبود - وهذه مسألة^(٤) معروفة. ولو قال لعبد « إن^(٥) اشتريتك فأنت حر » ثم اشتراه، بنية الكفارة: لا يجوز، لأنه لم توجد النية منه^(٦) عند اليمين وأنه^(٧) يصير معتقا بذلك الكلام، حتى لو قال له « إن اشتريتك عن يميني^(٨) فأنت حر عن كفارة يميني » جاز.

ولو أعتق المدبر أو أم ولد^(٩) عن الكفارة، لا يجوز، لأنه ناقص الرق^(١٠).

أما إذا طأن الخائف^(١١) معسرا

فعليه صوم ثلاثة أيام متتابعة، عندنا.

وعند الشافعي: يجوز متفرقا - وقد ذكرنا هذا^(١٢).

ولو أفطر لمرض، أو المرأة تحيض^(١٣)، استقبلا لآثمها يجدان ثلاثة

(١) « بعيد » ليست في ب و ا .

(٢) كذا في ا و ب . وفي الاصل : « عن » .

(٣) في ا : « لا يجب » .

(٤) في ب : « مسائل » . وفي ا : « المسألة » .

(٥) في ب : « لاني » .

(٦) « منه » من ا و ب .

(٧) في ب : « فإنه » .

(٨) « عن يميني » من ب .

(٩) « حتى لو قال له . . . أو أم الولد » ليست في ا .

(١٠) راجع « باب أم الولد » و « باب المدبر » ص ٤٠٦ - ٤١٥ .

(١١) في ا و ب : « الحائض » .

(١٢) « هذا » من ا . (١٣) في ا و ب : « الحيض » .

أيام لا تحيض فيها ولا مرض في الغالب، فيبطل التتابع^(١)، بخلاف صومه^(٢) شهرين متتابعين فإن ثم لا ينقطع التتابع، لأجل العذر، وينقطع بالمرض لأن الغالب أن الشهرين لا يخلوان عن الحيض أو عن المرض^(٣).

ولو أن الممسر إذا أيسر في خلال الصوم، يجب عليه الإطعام أو الاعتاق أو الكسوة، ويبطل الصوم، لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل.

ولو أيسر بعد الصيام، لا يبطل الصوم^(٤)، بخلاف الشيخ الفاني: إذا أطمع مكان الصوم ثم قدر، يبطل، لأن ذلك بدل ضروري. ولو أعتق رجل، بأمر رجل، أو أطمع عنه، أو كسا: جاز، وإن لم يعطه الدراهم والدنانير^(٥).

وإن فعل بغير^(٦) أمره ثم أجازته: لم يحجز، لأن الاعتاق بأمره كاعتاقه، ويكون تملكاً للعبد منه، وأمره بذلك قبول^(٧) منه، فجاز^(٨). فأما إذا فعل بغير^(٩) أمره، لا يتوقف على إجازته، لأنه وجد نفاذاً على

(١) «التتابع» من أوب.

(٢) في أوب: «صوم».

(٣) «وينقطع بالمرض... المرض» من أوب.

(٤) «الصوم» من أ.

(٥) «والدنانير» ليست في أوب.

(٦) في أ: «فإن فعل لغير».

(٧) في الأصل وأوب: «قبولا».

(٨) في ب: «لجاز».

(٩) في أ: «لغير».

مالكه^(١) ، وهو التقرب إلى الله ، فلا يتوقف .

ولو صرف قيمة الطعام و^(٢) الثياب، بنية الكفارة ، إلى بناء المساجد أو أكفان الموتى أو قضاء دين رجل فقير ، فإنه لا يقع عن الكفارة ، لأن الواجب هو التملك . ولم يوجد .

وإن كان الحائض له مال ، وعليه دين مستغرق ، أجزاء الصوم^(٣) ، لأنه مستحق الصرف إلى الدين .

ولو كان له عبد وعليه دين ، لم يجزئه^(٤) الصوم . لأنه قادر على إعتاقه عن الكفارة . وقيل : من أصحابنا من قال^(٥) : يجوز ، لكونه فقيرا^(٦) .

(١) في ب : « على ملكه » .

(٢) في ا : « أو » .

(٣) « الصوم » ليست في ا - انظر ما يلي في المتن .

(٤) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « لم يجزه » . والأصح ما في المتن (راجع المغرب) .

(٥) « من قال » من ا . وفي ب : « وقال بعض أصحابنا : يجوز » .

(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

(١) الإجارة

الإجارة^(٢) نوعان : إجارة على المنافع ، وإجارة على الأعمال .
ولكل نوع شروط ، وأحكام .

(٣) أما الإجارة على المنافع

< ف > كإجارة الدور و^(٤) المنازل^(٥)، والخوانيت والضيايع ، وعبيد
الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلى للباس^(٦)، والأواني
والظروف للاستعمال .

. . .

والعقد جائز في ذلك كله .

. . .

وسرط موازنه أن تكون العين المستأجرة معلومة^(٧) ، والأجرة

(١) كل « كتاب الإجارة » ناقص من ح . وهو استمرار للنقص الذى نوهنا عنه فى باب
« كفارة البمين » (راجع الهامش ٧ ص ٥١٠) . وفى ب : « كتاب الإجازات » .

(٢) فى ا : « قال رحمه الله : الإجارة » .

(٣) فى ا : « أما إجارة المنافع » .

(٤) « الدور » ليست فى ا . وفى ا : « أما لإجارة المنافع كإجارة المنازل »

(٥) « والمنازل » من ب - راجع الهامش السابق .

(٦) « للباس » ليست فى ب .

(٧) هكذا فى ا . وفى الأصل : « العين المستأجرة معلومة » . وفى ب : « العين المستأجرة معاومة » .

معلومة ، والمدة معاومة <ب> يوم أو شهر أو سنة ، لأنه عقد معاوضة كالبيع ، وإعلام المبيع والتمن شرط في البيع - فكذلك ههنا ، إلا أن المعقود عليه ههنا هو ^(١) المنافع ، فلا بد من إعلامها بالمدة والعين الذي ^(٢) عقدت الإجارة ^(٣) على منافعه .

. . .

وأما أحكام هذا النوع مما الإجارة - فكثيرة :

منها - أنه يجب على الآجر تسليم المستأجر عقيب العقد. وليس له أن يحبس المستأجر لاستيفاء الأجرة كما في باب البيع ، لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد، عندنا، لكون ^(١) المعقود عليه، وهو المنافع، معدومة ؛ وإذا لم يجب الآجر فليس له حق ^(٥) حبس المستأجر لاخذ ^(٦) الأجر ، وأما في البيع <ف> الثمن واجب .

وإنما يجب الآجر ويملك بأحد معان ثلاثة : إما بأن يشترط تعجيله في نفس العقد ، وإما أن يعجل بغير شرط ، وإما باستيفاء ^(٧) المنافع شيئاً فشيئاً أو بالتمكين ^(٨) من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وتسليم المفتاح إليه أيضاً.

(١) « هو » من ا و ب .

(٢) في ا : « والذي » .

(٣) في ب : « الذي عقد الإجارة » . وفي ا : « والذي عقد الإجارة » .

(٤) في ب : « لكن »

(٥) « حق » من ا و ب .

(٦) في ب : « لأجل » .

(٧) الباء من ب و ا .

(٨) في ا : « بالتمكين » .

وعند الشافعي: تجب الأجرة كلها بنفس العقد - والمسألة معروفة .
ثم إن وقع الشرط في^(١) عقد الإجارة أن لا يجب الأجر إلا بعد
انقضاء مدة الإجارة : فذلك جائز، فيكون^(٢) تأجيلاً للأجرة، بمنزلة
تأجيل الثمن .

وأما إذا لم يشترط في العقد شيئاً : <ف> قال أبو حنيفة أولاً ،
وهو قول زفر : لا تجب الأجرة إلا في آخر المدة . ثم رجع وقال :
تجب حالا فخلاً ، كما مضى يوم يسلم أجرته ، وهو قول أبي يوسف
ومحمد ، لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع ساعة فساعة ،
والاستيفاء على هذا الوجه متعذر ، فقد رده باليوم^(٣) .

وذكر الكرخي في الإجارة على قطع المسافة أنه يسلم أجرة كل مرحلة .
ومنها - أنه يعتبر ابتداء المدة من حين وقع العقد^(٤) ، فإذا أجر شهراً
أو شهراً أو سنين معلومة : <ف> إن وقعت الإجارة في أول الشهر يعتبر
بالأهلة ، وإن وقعت في بعض الشهر يعتبر بالأيام : كل شهر ثلاثون
يوماً . وكذلك في الشهور والسنين .

وذكر في الأصل : إذا استأجر داراً سنة مستقبلة في بعض الشهر ،
فإنه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهراً بالأهلة ويتم الشهر الأول
بالشهر الثاني - فيكون في المسألة روايتان .

(١) في أ : « على » .

(٢) في أ وب : « ويكون » .

(٣) « باليوم » ليست في أ . (٤) في أ : « من حين وقوع الفعل » .

ولو أضاف الإجارة إلى زمان في المستقبل ، بأن قال في رمضان « أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة المحرم » : يجوز .

وقال الشافعي : لا تجوز الإجارة ما لم يكن أول المدة عقيب العقد .
ولهذا قلنا : إن المؤجر لو باع هذه الدار لا يصح في حق المستأجر ،
وإن لم يجرى الوقت الذي أضيف^(١) إليه الإجارة ، لكن لا يجب عليه تسليم
الدار ما لم يأت ذلك الوقت .

ومنها - أنه^(٢) إذا استأجر داراً أو حانوتاً أو غير ذلك من العقار غير^(٣)
المزارع ، فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى . وله أن يسكن فيها
من أحب ، بالإجارة والإعارة . وله أن يعمل فيها أي^(٤) عمل شاء ، غير
أنه لا يجعل فيها حدادا ولا قصارا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه^(٥) ،

ولا تفسد الإجارة وإن لم يسم ما يعمل فيها ، لأن منافع السكنى غير
متفاوتة إذ لم يكن فيها ما يوهن البناء ، وذلك مستثنى ، فصارت المنافع معاومة -
بخلاف ما إذا استأجر أرضاً للزراعة حيث لم يجز العقد حتى يبين^(٦) ما يزرع
فيها ، أو يجعل^(٧) له أن يزرع فيها^(٨) ما شاء ، لأن منافع الزراعة مختلفة .

(١) في أ : « أضيف » .

(٢) « أنه » من ب .

(٣) « العقار غير » ليست في أ .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل : « من أي » . وفي أ : « وفي الإجارة والإعارة له

أن يعمل فيها أي » .

(٥) في أ : « ولا ما يوهنه » .

(٦) في أ : « يسمى »

(٧) في ب : « يجوز » .

(٨) « فيها » من ب .

ولو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها ، أو عبدا ولم يبين العمل : لا يجوز ، لأن ذلك مما يتفاوت^(١) . وإن اختصا بفسخ العقد . وإن مضت المدة ، أو حمل عليها ، أو استعمل العبد - فالقياس أن يجب أجر المثل ، لأنه استوفى المنفعة . بعقد فاسد ، وفى الاستحسان : يجب المسمى ، لأنه يتعين المقود عليه ويصير معلوما بالعمل والحمل ، فيعود العقد جائزا .

ومنها - أنه يجب على المؤاجر^(٢) تسليم المستأجر سليما عن العيب الذى يضر^(٣) بالانتفاع . خاليا عن الموانع التى تمنع من الانتفاع فى جميع المدة ، حتى يجب عليه جميع الأجر^(٤) .

فإن كان به عيب يضر بالانتفاع ، فالمستأجر بالخيار : إن شاء فسخ الإجارة ، وإن شاء مضى عليها :

فإن مضى عليها مع العيب ، يجب عليه جميع المسمى ، لأنه رضى بالمعقود عليه مع العيب .

وإن زال ذلك العيب أو سقط حائط فبناه المؤاجر ، فلا خيار للمستأجر ، لأن العيب زال .

فإن كان المؤاجر غائبا فليس له أن يفسخه ، لأن الفسخ لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من قام^(٥) مقامهما .

(١) زاد هنا فى ب : « فيه » .

(٢) فى ا : « المؤجر » .

(٣) فى ب كذا : « يصير » .

(٤) « حتى يجب عليه جميع الأجر » من ا و ب .

(٥) فى ا : « يقوم » .

وإن سقطت الدار كلها أو^(١) أنهدمت ، فله أن يخرج من الدار ، كان المؤاجر حاضراً أو غائباً .

واختلفت إشارة الروايات في أن العقد يفسخ^(٢) أو يثبت له حق الفسخ؟ والصحيح أنه يفسخ ، لأنه فات جنس الانتفاع المهود^(٣) ، بالدار ، وإنما يمكنه أن ينتفع بضرب الحيمة ونحوها ، والعقد يفسخ بهلاك المعقود عليه .

وأما إذا استأجر دارين صفقة واحدة ، فسقطت إحداها أو منعه مانع من إحداها ، أو كانت^(٤) الدار المستأجرة واحدة وامتنع رب الدار عن تسليم بيت^(٥) منها ، فله أن يفسخ العقد ، لأن الصفقة تفرقت في المنافع ، وتفريق الصفقة يثبت الخيار .

أما إذا حدث مانع يمنع من^(٦) الانتفاع بعد التسليم في المدة ، كما إذا غصبه غاصب ، أو حدث الأيادي أو المرض المعجز عن الانتفاع ، أو انقطاع الماء في^(٧) الرحا أو^(٨) الشرب في الأرض ، فإنه تسقط الأجرة ،

(١) الهزمة من أ .

(٢) في ب : « يفسخ » .

(٣) في أ : « المعقود » .

(٤) التاء من ب و أ .

(٥) هكذا في أ و ب . والعبارة في الأصل محرفة غير واضحة .

(٦) « من » من أ . وفي الأصل و ب : « عن » .

(٧) في ب و أ : « عن » . وفي ب : « أو انقطع الماء عن » .

(٨) الهزمة من ب .

فى المستقبل، مالم يسلم إليه ويلزمه أجر مامضى، لأن الأجر يجب شيئاً فشيئاً بمقابلة استيفاء المنافع.

ثم تطمين الدار وإصلاح ميازيبها وما وهى من بنائها على^(١) رب الدار دون المستأجر. حتى تكون صالحة للانتفاع، ولكن لا يجبر على ذلك، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، لكن يثبت الخيار للمستأجر، لأن هذا فى معنى العيب.

وكذا إصلاح بئر الماء، والبالوعة، والمخرج: على رب الدار، وإن امتلاء من فعل المستأجر، لكن لا يجبر عليه، لما ذكرنا. وإذا انقضت مدة الإجارة، وفى الدار تراب من كنس المستأجر، فعليه أن يرفعه، لأنه حدث بفعله.

والقياس فى امتلاء^(٢) المخرج والبالوعة كذلك، وفى الاستحسان: لا يلزمه، لأن العادة^(٣) جرت أن كل ما كان مغنياً فى الأرض^(٤) فنقله على صاحب الدار^(٥).

وإن أصلاح المستأجر شيئاً من ذلك، يكون متبرعاً إلا إذا فعل ذلك بأمر رب الدار أو بأمر من هو نائب عنه.

(١) فى ١: «ميازيبها وماؤها على».

(٢) فى ١: «فى إصلاح».

(٣) فى ب: «العرف».

(٤) فى ١: «فى الدار والأرض».

(٥) «على صاحب الدار» ليست فى ب.

وعلى المستأجر فى إجارة الدار والحانوت تسليم المفتاح^(١) إلى المؤجر بعد انتهاء المدة .

فأما فى الدابة التى^(٢) استأجرها لاركوب فى حوائجه فى المصر وقتاً معلوماً فليس^(٣) عليه أن يسلمها إلى صاحبها ، بأن يذهب بها إلى منزله ، وعلى المؤجر أن يقبضها من^(٤) منزل المستأجر ، لأنه حصل له المنفعة بالتسليم إلى المستأجر ، وهو الأجر ، فلم يكن عليه الرد كما فى الوديعة ، حتى لو أمسكها أياماً ولم ينتفع بها فهلكت فى يده لم يضمها ، وفى العارية والغصب^(٥) يجب الرد على المستعير والغاصب .

ولو استأجر من موضع مسمى فى المصر إلى مكان معلوم ذاهباً و^(٦) جائياً ، فإن على المستأجر أن يأتى بها إلى ذلك الموضع الذى قبضها منه^(٧) ، لأنه انتهاء الإجارة إلى هذا الموضع ، فعليه أن يأتى بها إليه ، لأن الرد واجب على المستأجر ، فإن حملاها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت : يضمن ، لأنه تمضى فى حملها^(٨) إلى غير موضع العقد - حتى لو قال المستأجر : « أركبها من هذا الموضع^(٩) إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلى » : فليس

(١) « المفتاح » من ب و ا . وفى الاصل : « المستأجر » .

(٢) فى ا : « لذا » .

(٣) الفاء من ا .

(٤) فى ب : « فى » .

(٥) « والغصب » من ب و ا .

(٦) فى ا : « أو » .

(٧) فى ب : « فيه » .

(٨) « فى حملها » أبيت فى ا .

(٩) فى ب : « من موضع كذا » .

على المستأجر أن يردها إلى منزل المؤجر ، لأن الإجارة انتهت^(١) ،
فبقيت أمانة في يده ، فلا يجب عليه الرد كما في الوديعة .

وأما الإجارة على الأعمال

< ف > كاستئجار القصار والإسكاف والصباغ وسائر من يشترط
عليه العمل في سائر الأعمال^(٢) ، من حمل^(٣) الأشياء من موضع إلى
موضع ونحوها .

وهو نوعان : استئجار الأجير المشترك ، والأجير الخاص الذي يسمى
أجير الوحد . فالأجير المشترك ، كاسمه ، الذي يتقبل الأعمال
من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما^(٤) . وأجير الوحد ، كاسمه ، الذي
يعمل لواحد مدة معلومة . وللاول أن يعمل لهم جميعا ، وليس لمن
استأجره أن يمنعه عن العمل لغيره . وفي أجير الوحد ليس له ذلك ،
وللمستأجر أن يمنعه .

ثم أحكامها^(٥) تختلف في بعض الأشياء وتتنفق في البعض :
فأجير الوحد لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها^(٦) ، كما

(١) في ا و ب : « انقضت » .

(٢) « كاستئجار ... في سائر الأعمال » لبست في ب .

(٣) في ا : « في حمله » .

(٤) في ب : « يتقبل الأعمال كاستئجار الإسكاف والقصار ونحوها » .

(٥) كذا في ا . وفي الاصل و ب : « أحكامها » .

(٦) هكذا في ب إلا أن فيها : « للعمل فيه » . وفي الاصل : « للعين الذي يسلم إليه

العمل فيه » . وكذا في ا مع نقصان « الذي » .

إذا استأجر يوماً أو شهراً قصاراً أو خياطاً ليعمل له لا غير، حتى لو هلك في يده لا يصنعه لا يضمن بالاجماع . وكذلك لو تخرق بصنعه الذى هو من العمل المأذون فيه .

فأما الأجير المشترك فلا يكون ضامناً و^(١) تكون العين التى فى يده أمانة عند أبي حنيفة وزفر . وفى قول أبي يوسف ومحمد^(٢) : يكون مضموناً : لو هلك بغير صنعه يضمن إلا إذا هلك بحرق غالب أو بغرق غالب ونحو ذلك . ولو تخرق بصنع معتاد بأن دق دق مثله ، أو ألقاه فى النورة فاحترق ، أو الملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، والحمال إذا سقط و^(٣) فسد الحمل ، أو الراعى المشترك إذا ساق الدواب فضرب بعضها^(٤) بعضاً فى حال سياقه حتى هلك : يكون مضموناً عندنا ؛ وقال زفر والشافعى : لا يضمن - والمسألة معروفة .

ولو استأجر البزاع والفصاد والختان فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات : فلا^(٥) ضمان عليهم ، لأنه ليس فى وسعهم الاحتراز من ذلك . ولو تخرق بدق أجير القصار ، لا ضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على الأستاذ ، لأن عمله ينتقل إليه كأنه فعل بنفسه^(٦) .

(١) « فلا يكون ضامناً و » من ب و ا .

(٢) « هكذا فى ب و ا . وفى الأصل : « قولها » .

(٣) « و » من ب و ا .

(٤) « هكذا فى ب و ا . وفى الأصل و ا : « بعضهم » .

(٥) « الفاء من ا » .

(٦) « فى ا : « كأنه عمل نفسه » .

ولو وطىء على ثوب من ثياب القصاراة فخرقه ، يضمن ، لأن هذا ليس من توابع العمل .

ولو وقع من ^(١) يده سراج فأحرق ثوبا ^(٢) من ثياب القصاراة . فالضمان على الأستاذ ، لانه ، لأن الذهاب والمجىء بالسراج عمل مأذون فيه .

وكذلك لو وقع الكذيب ^(٣) من يده فخرق ثوبا من ثياب القصاراة ، فالضمان على الأستاذ ، لأن هذا من عمل القصاراة .

ولو وقع على ثوب وديعة عند الأستاذ فخرقه ، ضمنه الأجير . وكذا في السراج إذا حرقه ^(٤) .

. . .

ولو هلك العين المعمول فيه هل يسقط الأجر ؟ فهذا لا يخالو : إما إن كان العين المعمول فيه ^(٥) في يد الأجير أو في يد المستأجر ^(٦) . فإن كان في يد الأجير فهو على وجهين :

(١) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « في » .

(٢) في ب و ا : « فأحرق ثوب » .

(٣) في الأصل : « الكذنين » . وفي ب و ا : « الكوزين » . قال الجوالقي في المغرب (تحقيق أحمد شاكر) : « الكذيب ينق الذي يدق به النصار . ليس برمي . وهو الذي تدعوه العامة : كوزينا » وفي الهامش : « ويقولون لمدق القصار : الكوزين . الكلام : الكذنيق » . وفي المغرب : « الكذيب ينق بضم الكاف وكسر الذال مدق القصار » .

(٤) في ب و ا : « أخرقه » . والكاملتان صحيحتان (راجع القاموس) .

(٥) « فيه » من ب و ا .

(٦) في ا : « الأستاذ » .

إما إن كان لعمله أثر في العين ، كالتقصارة والصبغة^(١) ، فإنما يجب الأجر بتسليم ذلك الأثر ، فإذا هلك قبل التسليم في يده: سقط الأجر ، لأنه لم يسلم المعقود عليه^(٢) .

وإن لم يكن لعمله أثر في العين. كالحمال والملاح ، فكما فرغ من العمل : يجب الأجر ، وإن لم يسلم العين إلى صاحبه ، لأن المعقود عليه المنفعة ونفس العمل ، فإذا انتهت المدة فقد فرغ من العمل وصار مسلما في العين التي هي ملك صاحبه^(٣) فلا يسقط الأجر بالهلاك بعدد ، ولهذا قالوا : إن كل عمل له أثر في العين الذي هو ملك صاحبه^(٤) : كان له حق حبس العين ، حتى يستوفي الأجر ، لأن البدل مستحق بمقابلة ذلك الأثر . ومالا أثر له : لا يثبت فيه حق الحبس ، لأن العمل المعقود عليه ليس في العين - ولهذا قالوا إن الحمال إذا حبس المتاع الذي^(٥) في يده ، يستوفي الأجر ، فهلك^(٦) : يضمن ، لأن العين أمانة في يده^(٧) ، فإذا حبس صار غاصبا ، فيضمن .

(١) في ب : « كالتقصار والصباغ » .

(٢) في أ : « لأنه يسلم المعقود » .

(٣) « في العين ... صاحبه » من ب و أ . وقد وردت هذه البارة في الأصل بعد ذلك بقليل ولم ترد في ب و أ بعد ذلك . انظر الهامش التالي .

(٤) « الذي هو ملك صاحبه » لم ترد هنا في ب و أ . راجع الهامش المتقدم .

(٥) « الذي » من ب و أ .

(٦) في ب : « هلك في يده » . انظر الهامش التالي .

(٧) « في يده » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

وأما إذا كان العين المعمول فيه^(١) في يد المستأجر ، بأن عمل الأجير في ملك المستأجر أو فيما في يده من فناء ملكه ونحو ذلك^(٢) : فإذا فرغ من العمل : يستحق كل الأجر ؛ وإن لم يفرغ وعمل بعضه : يستحق الأجر بقدره ويصير ذلك مساهما إلى صاحبه ، حتى إنه إذا استأجر إنسانا لبنى له بناء في داره أو فيما في يده ، أو يعمل له سابطا^(٣) أو جناحا ، أو يحفر له بئرا أو قناة أو نهرا في ملكه أو فيما في يده ، فأهدم البناء أو انهارت البئر أو سقط السابط^(٤) : لم يسقط شيء من الأجر إن كان بعد الفراغ ، وإن كان قبل الفراغ : يجب بقدر حصّة العمل .

وأما إذا كان الحفر أو البناء في غير ملكه^(٥) ويده ، فلم يصير مساهما إليه بالعمل ، فما لم توجد التخلية من الأجير ، بين المستأجر وبينه ، لا يصير قابضا للمعمود عليه ، فإذا فسد قبل ذلك أو هلك : سقط الأجر .

وعلى هذا - إذا استأجره^(٦) ليضرب له لبنا في ملكه ، فرب^(٧) اللبّن لا يصير قابضا حتى يحف اللبّن وينصبه في قول أبي حنيفة ، وعندهما حتى

(١) « فيه » ليست في أ .

(٢) « فناء ملكه ونحو ذلك » من ب و أ . وفي الأصل : « بناء ملك فإذا فرغ » .

(٣) و(٤) قال في الأساس : « السابط سقفة بين حائطين » وفي المحكم : بين دارين .

وزاد غيره : من تحتها طريق نافذ . والجمع سوايط وساطات .

(٥) في ب : « في ملك غيره » .

(٦) الهاء من ب .

(٧) « رب » من ب و أ . وفي الأصل : « فضرِب » .

يُشرجه^(١) . وإن كان ذلك في غير ملكه أو في غير يده : لم يكن له الأجر حتى يسلمه إليه منصوباً عنده ، وعندهما مشرجاً ، لأنه لم يكن في يده حتى يصير العمل مسلماً إليه . فلا بد من التخليّة^(٢) بعد الفراغ من العمل . وعلى هذا - الحياط يخطط له في منزله قيصاً ، فإن خا ط بعضه : لم يكن له أجر ، لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ثم هلك : فله الأجر ، لأنه صار مسلماً للعمل عنده^(٣) .

(١) تَشْرِجُ اللَّيْنُ تَشْرِدُ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ وَكُلُّ مَا ضَمَّ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ فَقَدْ شِيرَجَ

وَشَرَجَ (اللسان) .

(٢) « من التخليّة » من ب و ا .

(٣) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب

الإجارة الفاسدة

وما يكون به مخالفا

المستأجر^(١) إذا كان مجهولا ، أو الأجر مجهولا ، أو العمل . أو المدة - فالإجارة فاسدة ، لأنها جهالة تفضي إلى المنازعة . كما في البيع .

وإجارة المشاع ، فيما يقسم أو لا يقسم ، فاسدة عند أبي حنيفة وزفر .
وعلى قولهما : جائزة - وهو قول الشافعي .
وأجمعوا أنها من الشريك جائزة .

وأجمعوا أنه لو أجز من رجلين : جاز . ولو مات أحدهما حتى^(٢)
بطلت الإجارة في حصته وصارت ملكا للأوارث^(٣) فبصير^(٤) شيوعا
طارئا ، فإنه لا تبطل الإجارة ، فالشيوع المقارن^(٥) مفسد والطاري غير
مفسد - هذا هو المشهور من الرواية - والمسألة تعرف في الخلافات^(٦) .

والإجارة على القرب والطاعات ، كاللحج والإمامة والأذان ،

(١) في ١ : « قال رحمه الله : المستأجر » .

(٢) « حتى » ليست في ١ .

(٣) في ب و ا : « الآخر » . انظر فيما بعد ص ٥٣٥ .

(٤) « فبصير » ليست في ١ .

(٥) في ب : « المتقارب » .

(٦) في ب : « في المختلف » .

ونحوها ، فاسدة ، عندنا^(١) ، خلافا للشافعي^(٢) .

والإجارة على المعاصي ، كما إذا استأجر مغنيا أو نائحة ، فاسدة^(٣) .

. . .

ولا يجوز إجارة النهر والبئر والقناة مع الماء ، ولا إجارة المراعى والآجام ، لأن هذه إجارة على استهلاك العين ، والإجارة لاستيفاء المنافع مع بقاء العين .

ولو استأجر نهرا يابساً أو موضعاً من الأرض معاوما ، ليسيل^(٤) فيه ماء المطر أو ماء الزراعة ، لا يجوز ، لتفاوت في^(٥) قلة الماء وكثرته ، وذلك مما يضر بالنهر^(٦) ؛ وروى^(٧) عن محمد أنه يجوز .

ولو استأجر طريقاً في دار غيره^(٨) ليمر^(٩) فيها وقتاً معلوماً لم يجز في قياس قول أبي حنيفة ، ويجوز في قياس قولهما - بناء على أن^(١٠) إجارة المشاع فاسدة عنده ، خلافاً لهما^(١١) .

(١) « عندنا » ليست في أ .

(٢) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « له » .

(٣) في الأصل و ا و ب : « فهي فاسدة » .

(٤) في أ : « مقلوعاً يسيل » .

(٥) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « من » .

(٦) في أ : « وذلك لم يضر ماء النهر » .

(٧) « روى » من أ و ب . وفي الأصل : « وعن » .

(٨) « غيره » من أ .

(٩) « ليمر » ليست في أ .

(١٠) « أن » من أ .

(١١) « فاسدة عنده خلافاً لهما » من أ . راجع ص ٥٢٨ .

وإذا استأجر رجلاً للبيع والشراء : لا يجوز ، لأنه لا يقدر على ذلك إلا بفعل غيره . وأما إذا استأجره شهراً ليبيع له ويشترى ^(١) : جاز ، لأن الإجارة وقعت على منفعة المدة ، وهي معلومة .

ولو استأجر أرضاً ، فيها رطبة ، سنة : لا يجوز ، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر ، وهو قلع الرطبة . فإن قلع رب الأرض الرطبة وسلم أرضاً بيضاء : جاز ، ويجبر على القبول ، كما إذا اشترى جذوعاً في سقف .

ولو استأجر عبداً للخدمة أو دابةً للحمل وشرط المستأجر ^(٢) نفقتها ، فهي فاسدة ، لأن قدر النفقة ^(٣) مجهول ^(٤) .

ثم في الإجارة الفاسدة : إذا استوفى المنفعة ، يجب أجر المثل ، مقدراً بالمسمى عندنا ، وعند زفر : يجب أجر ^(٥) المثل تماماً على مامر .

وأما بيان ما يصبر به مخالف ، وما لا يصبر به مخالفاً > فنقول > :

إذا استأجر دابةً ليحمل عليها شيئاً ، فحمل عليها غيره -- ينظر :
إن كان ضرر الدابة من حيث الخفة والثقيل : فإن كان ذلك الشيء
مثل الأمور به أو أخف : فلا ^(٦) شيء عليه ، لأن التعيين لا فائدة فيه .

(١) في أ : « استأجره ليبيع ويشترى » .

(٢) في ب : « المستأجر » .

(٣) في أ : « المنفعة » .

(٤) هكذا في ب وأ . وفي الأصل : « مجهولة » وانظر فيما بعد الحكم في إجارة الظائر

ص ٥٣٥ - ٥٣٦ .

(٥) « أجر » ليست في أ وفيها : « يجب المثل » .

(٦) الفاء من أ .

وإن كان أثقل : فإن كان بخلاف^(١) جنسه ، بأن حمل مكان الشعير الحنطة ، فعمطت الدابة ، فهو مخالف ، وضامن ، ولا^(٢) أجر عليه ، لأنها هلكت بفعل غير مأذون فيه ، فوجب الضمان ، دون الأجر ، لأنها لا يجتمعان .
وإن كان من جنسه ، فحمل المسمى وزاد عليه ، بأن حمل أحد عشر قفيزا مكان العشرة - فإن سلمت الدابة : فله مسمى من الأجر ، وإن عطبت : فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءا من أجزاء الدابة ، وعليه الأجر الذي سمي ، لأنها ماتت بفعل^(٣) مأذون وغير مأذون^(٤) . فيقسم على قدر ذلك .

فأما إذا كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقيل ، بأن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من^(٥) من^(٦) قطن ، فحمل عليها^(٧) مثل وزنه حديدا أو أقل ، ضمن ، لأن ثقل القطن يكون على جميع العضول لأنه ينسبط على الموضع الذي حمل عليه^(٨) ، فأما ثقل الحديد <ف> يكون في موضع واحد ، فيكون أثره أقوى في الضرر .

وعلى هذا : إذا استأجرها ليركبها ، فأركب من هو مثله في الثقل أو

(١) في ا و ب : « خلاف » .

(٢) في ب : « فلا » .

(٣) في ا و ب : « بتقل » .

(٤) في ب : « مأذون فيه وغير مأذون فيه » .

(٥) المن كيل أو ميزان . وهو رطلان (اللسان)

(٦) « من » من ا .

(٧) « عليها » من ا .

(٨) « عليه » من ب .

أخف ، ضمن ، لأن ذلك يختلف بالخلق والحرق^(١) . ولو ركبها .
وأركب مع نفسه غيره ، فعميت : فإن كانت الدابة مما يمكن أن
يركبها اثنان : يضمن نصف قيمتها ، لأن التلف حصل بركوبها ، فصار
كما لو تلفت^(٢) بجراحتها^(٣) وأحدهما غير مأذون . وإن كان لا يمكن :
فعلية جميع قيمتها ، لأن هذا إتلاف منه .

وعلى هذا : إذا استأجر دابة بأكاف^(٤) فأسرحها : لا ضمان عليه^(٥) ،
لأن الضرر أقل ، لأنه يأخذ من الظهر أقل^(٦) .
وإن استأجر حمارا بسرج فأسرحه^(٧) سرجا آخر^(٨) : <ف> إن كان مثل
الأول ، بأن يسرج به الحمار ، لا يضمن ؛ وإن أسرحه بسرج الفرس :
يضمن . فإن أوكفه : ذكر في الأصل أنه يضمن بقدر ما زاد الأصل أكاف
على السرج ؛ وفي الجامع الصغير : على قول أبي حنيفة : يضمن السكل .
وعندهما : بقدر ذلك^(٩) .

(١) « والحرق » ليست في ح .

(٢) هكذا في أ . وفي الأصل وب : « تلف » .

(٣) « بجراحتها » من ب . وفي ليست في أ . وفي الأصل : « بجراحتها » وفي
الكاساني (٤ : ٢١٤ : ١٩) : « بمنزلة تلفها بجراحتها » .

(٤) أكاف الحمار برذته (القاموس) .

(٥) « عليه » من ب و ح .

(٦) « لأنه يأخذ من الظهر أقل » من ب و أ .

(٧) الماء من أ .

(٨) في ب : « وإن استأجرها بسرج فأسرحها سرجا آخر » . وفي أ : « ولو استأجر
بسرج فأسرحه آخر » .

(٩) انظر : محمد ، الجامع الصغير . ص ١٠٤ .

وإن استأجر حمرا عريانا فأسرجه^(١) : <ف> إن استأجر ليركب^(٢) خارج
المصر : لا يضمن . وإن استأجر ليركبه في المصر : <ف> إن كان رجلا من
الأشراف أو^(٣) الأوساط : لا يضمن ، لأن مثله لا يركب من غير سرج ،
فيكون إذنا دلالة ، وإن كان من الأسافل : يضمن ، لأن مثله يركب بغير
سرج ، بالجُل^(٤) ونحوه^(٥) ، و^(٦) المبرج أثقل ، فيضمن .

ثم المبرجة تنفسخ^(٧) بالاعذار المخصوصة عندنا ، وإن وقعت
الاجارة صحيحة لازمة ، بأن لم يكن ثمة عيب ولا مانع من الانتفاع .
وقال الشافعي : لا تنفسخ^(٨) - والمسألة معروفة .

ثم العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع
بدون الفسخ - بيان ذلك :

إذا أراد المستأجر أن ينتقل عن^(٩) البلد أو يسافر ، فله أن ينقض
الاجارة ، في العقار وغيره .

وكذا مستأجر الخانوت : إذا ترك ذلك العمل أو التجارة و^(١٠) انتقل

إلى غيره .

-
- (١) الماء من اوب .
 - (٢) في ب : « ليركبه » .
 - (٣) الممزة من ب و ا .
 - (٤) جُل الدابة وجُلها الذي تُنابسه لتصان به (اللسان) .
 - (٥) في ا : « وغيره » .
 - (٦) في ب : « ولأن السرج » .
 - (٧) في ا : « تنفسخ » . انظر الهامش التالي .
 - (٨) في ا : « لا تنفسخ » . راجع الهامش السابق .
 - (٩) في ا : « من » . (١٠) في ب : « أو » .

وكذا إذا أفلس .

وليس المؤاجر > عند < السفر والنقلة عن البلد عذر ^(١)، لأنه لا ^(٢) ضرر عليه في تبقية العقد .

ومرض الجمل والجمل بحيث يضره الحمل عذر في رواية أبي يوسف، لأن غيره لا يقوم مقامه إلا بضرر ^(٣). وذكر محمد في الأصل وقال : مرض الجمل لا يكون عذرا ، لأن خروجه مع الإبل ليس بمستحق . وكذا الدين الذي لا طريق للمؤاجر ^(٤) في قضائه إلا ببيع المستأجر - يكون عذرا .

وكذا المستأجر إذا كان لا يحصل له النفع مما استأجر ، إلا بضرر يدخله في ملكه أو بدنه ، فبدا له ذلك ^(٥) فله فسخه - كمن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو يقطعها أو ^(٦) يخطبها ، أو ينقض دارا له ، أو يقطع شجرا ، أو يحدث في ملكه شيئا من بناء أو حفر ، أو ^(٧) ليجتجم أو يفتصد ، أو يقلع ضرسالة ، أو ليزرع أرضا له يذره ، ونحو ذلك ^(٨) - لأنه إذا بدا

(١) « عذر » ليست في ب . وفي الأصل : « عذرا » . وفي أ : « عن البلد من غير عذر » .

(٢) « لا » ليست في أ .

(٣) « لأن غيره ... بضرر » من ب و أ .

(٤) في أ : « وكذا الذي ليس للمؤاجر » .

(٥) في ب : « غير ذلك » . وفي أ كذا : « عن ذلك » .

(٦) في ب : « و » .

(٧) زاد هنا في أ : « فصادا » ففيها : « أو فصادا » .

(٨) « ونحو ذلك » من أ و ب .

له من ذلك ظهر أن له فيه ضرراً^(١).

ثم إجارة قبطل بموت المستأجر أو المؤجر^(٢) عندنا، خلافاً لشافعي - ونعني به موت من وقع له عقد الإجارة، دون العاقد^(٣)، حتى إذا كان وكيلًا: لا تبطل.

فأما هلاك المستأجر: <فإن كان شيئاً بعينه يبطل. وإن كان بغير عينه، بأن وقعت الإجارة^(٤) على دواب بغير عينها^(٥) للحمل أو الركوب، وسلم إليه الدواب، فهلكت: فعلى المؤجر أن يأتي بغيرها ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ، لأنه لم يعجز عن وفاء ما التزمه بالعقد، وهو حمل متاعه إلى موضع كذا.

ثم إجارة الظئر مثل إجارة عبد الخدمة^(٦): لا بد من بيان الوقت، وبيان الأجر^(٧)، ونحو ذلك، إلا أن في الظئر إذا استأجرها بكسوتها ونفقتها: جاز، من غير بيان عند أبي حنيفة استحساناً^(٨)، وعند أبي يوسف ومحمد

(١) في أ: «إذا بدا له وظهر أن فيه ضرراً كان له فسخه».

(٢) في ب: «المؤجر».

(٣) في أ: «دون العاقد نفسه». وفي ب: «دون العاقد لنفسه».

(٤) «الإجارة» من ب و أ.

(٥) في ب: «على دواب بعينها».

(٦) زاد هنا في ب: «لأنه» - انظر فيما بعد الهامش ٨.

(٧) في أ كذا: «لا بد من بيان وقت الأجر».

(٨) راجع فيما تقدم (ص ٥٣٠) حالة ما إذا استأجر عبداً أودابة وشرط المستأجر نفقتها.

والشافعي : لا يجوز ، لأن هذه جهالة تنفـض^(١) إلى المنازعة غالباً .
 وإنها^(٢) بمنزلة أجير الـوحد : لا يجوز لها أن ترضع غيره .
 وعليها الرضاع ، والقيام بأمر الصبي فيما يحتاج إليه ، من غسله وغسل
 ثيابه وطبخ طعامه ، وتـهيئة ذلك ، و^(٣)الطعام على الأب .
 وذكر : وما يعالج^(٤) به الصبيان من الريحان والدهن فعلى الظاهر ،
 وهذا من عادة بلدهم ، فأما في بلادنا - بخلافه - فعلى الأب .

ثم الإجارة^(٥) تتوقف على إجازة المالك . ثم ينظر :
 إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة - جاز ، وتكون الأجرة للمالك .
 وإن أجازته^(٦) بعد استيفاء المنفعة ، لم يحز^(٧) بإجازته ، وكانت الأجرة
 للعاقـد ، لأن المنفعة الماضية تلاشت ، فلا يبقى العقد بعد فوات^(٨) محله ،
 فلا يلحقه الإجارة ، ويصير العاقـد غاصباً بالتسليم ، فصار كالغاصب إذا
 آجر . وقالوا في الغاصب إذا آجر وسلم ثم قال المالك أجزت^(٩) ما آجرت :
 إذا انقضت المدة فلا أجر للغاصب ، وإن أجاز في نصف المدة فلا أجر

(١) في ب : « لا تنفـض » .

(٢) في ا : « ولنا في » .

(٣) « و » من ا و ب .

(٤) في ا : « وذكروا أن ما يعالج » . وفي ب : « ذكر : ما يعالج » .

(٥) أي من غير المالك وفائه . وببارة أخرى ممن ليس له حق التأجير - كالغاصب .

(٦) الهاء من ا

(٧) في ا : « لم يعتد » .

(٨) في ا و ب : « لفوات » .

(٩) « أجزت » من ب و ا .

كله للمالك في قول أبي يوسف^(١) ، وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر الباقي للمالك .

وكذا قال محمد فيمن غصب أرضا ، فأجرها للزراعة ، فأجاز رب الأرض ، قال : إن أعطاها مزارعة وأجازها صاحب الأرض : جازت . وإن كان الزرع قد سبيل ، ما لم ييبس^(٢) ، فلا شيء للغاصب^(٣) من الزرع - لأن المزارعة كالشيء^(٤) الواحد : لا ينفصل بعض عملها عن بعض^(٥) ، فإذا أجازها قبل الفراغ ، فجعل كالأبداء . وأما إذا ييبس^(٦) الزرع فقد انقضى عمل المزارعة^(٧) ، فلا تاحقه إلا جازة ، فيكون للغاصب^(٨) .

(١) في ١ : « في قول أبي حنيفة وأبي يوسف » . وفي الكاساني (١٧٧ : ٤) مثل ما في المتن .

(٢) في ب و ا : « ما لم يسمن » . انظر فيما بعد الهامش ٦ .

(٣) في ب : « على الغاصب » .

(٤) في ح : « لا شيء للغاصب من الزراعة كالشيء » .

(٥) في ا : « لا ينفصل بعض عمله فإذا أجازها » .

(٦) في ب و ا : « سمن » . راجع فيما تقدم الهامش ٢ .

(٧) « المزارعة » ليست في ا .

(٨) في ب : « كالغاصب » .

تم تفسير الاستصناع

هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع .

والقياس أن لا يجوز .

وفي الاستحسان: جائز ، لتعامل الناس ، <و> لا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل ، كما في الخف والقلنسوة والأواني ونحوها ، بعد بيان القدر ، والصفة ، والنوع .

وهو عقد^(١) غير^(٢) لازم ، ولكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبل العمل ، وبعد الفراغ من العمل : لهما الخيار - حتى إن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنع جاز ، لأنه ليس بعقد لازم^(٣) ؛ فأما إذا جاء به^(٤) إلى المستصنع فقد سقط خياره لأنه رضى بكونه للمستصنع ، حيث جاء به^(٥) إليه .

فإذا رآه المستصنع فله الخيار : إن شاء أجاز ، وإن شاء فسخ عند أبي حنيفة ومحمد^(٦) .

(١) « عقد » من ب و ا .

(٢) « غير » ساقطة من ب . راجع الكاساني (٥ : ٣ : ٧ من أسفل) . وفي ا كذا : « عين لازم » .

(٣) في ا كذا : « لأنه عقد لازم » .

(٤) « به » من ب و ا .

(٥) « لئلا المستصنع قد ... جاء به » ساقطة من ا .

(٦) هكذا في ب و ا . وفي الأصل : « عندهما » .

وقال أبو يوسف : لا خيار له ، لأنه مبيع في الذمة بمنزلة السلم .
وهما يقولان : إنه بمنزلة العين^(١) المبيع الغائب^(٢) .

فإذا ضرب الأجل في الاستصناع ينقلب سلما عند أبي حنيفة ، خلافا
لهما ، لأنه إذا ذكر^(٣) فيه الأجل يكون فيه جميع معاني السلم . والعبرة
بالمعنى لا باللفظ . ولهذا لو استصنع مالا يجوز استصناعه حتى يكون
استصناعا فاسدا ، وشرط^(٤) فيه الأجل : ينقلب سلما . بلا خلاف . كذا
هذا . والله أعلم .

(١) « العين » ليست في أ .

(٢) في ب : « للغائب » .

(٣) في أ : « ضرب » .

(٤) في أ و ب : « فإذا شرط » .

١ — فهرست الموضوعات

٢ — فهرست الأعلام المترجم لهم

وقد اكتفينا في هذا الجزء بذلك كما فعلنا في الجزء الأول وإن شاء الله سننشر في نهاية الجزء الثالث فهارس مختلفة للأجزاء الثلاثة جميعا .

فهرست الموضوعات

الأرقام تشير إلى الصفحات

(١٧٣ - ٣)

كتاب البيوع

شرعيته (٢)

باب السلم : أنواع البيع من حيث البدلين (٤) . تقسيم الكلام في السلم (٤ - ٥) .
مشروعية السلم (٥) . تفسيره (٥ - ٦) . ركنه (٦) . شرائطه (٦ - ١٩) .
حكمه (١٩ - ٣٠) .

باب الربا : أنواعه وعة كل (٣١ - ٣٢) . الخلاف مع الشافعي وفائدة الخلاف في كل
من النوعين (٣٢ - ٣٦) .

باب الشراء والبيع : ركن البيع والشراء (٣٧ - ٤٤) . شروطه (٤٤ - ٤٥) .
أقسامه : نافذ وموقوف (٤٥ - ٥٠) . حكمه (٥٠ - ٥١) . بيان الثمن والمبيع
وحكم كل (٥١ - ٥٤) . هلاك المبيع وانتمن (٥٤ - ٥٥) . التصرف في المبيع
(٥٥ - ٥٦) . تسليم المبيع وحبه لاستيفاء الثمن (٥٦ - ٦١) .

باب البيع الفاسد : الفصل الأول : أنواع البيوع الفاسدة : لأجهالة (٦٢ - ٦٥) .

لكون المبيع أو الثمن محرما (٦٥) . لتعاقى حق الغير بالمبيع (٦٥ - ٦٦) . لعدم القدرة
على التسليم وقت العقد (٦٦) . للفرز (٦٦ - ٦٧) . لعدم قبض البائع المبيع به (٦٧) .
لشرطين في بيع واحد (٦٧) . لبيع الاتباع والأوصاف مقصودا (٦٧ - ٦٨) .
للانعدام بعد انعقاد سبب الوجود (٦٨) . لاشتراط الأجل (٦٨ - ٦٩) . لاشتراط :
ما يجوز من الشرط وما لا يجوز (٦٩ - ٧٨) . بيع النار على الأشجار والزرع الموجودة
(٧٨ - ٨١) . للبيع للبائع بثمن أقل قبل نقد الثمن (٨١ - ٨٢) . طروء الشروط المفسدة
على العقد الصحيح (٨٢ - ٨٣) .

الفصل الثاني : حكم البيع الفاسد : الفساد من قبل المبيع (٨٣) . الفساد يرجع لثمن

(٨٣ - ٨٦) . حكم تصرف المشتري في المبيع (٨٦ - ٨٩) . حكم الزيادة في المبيع
(٨٩ - ٩٠) . إذا وطئ المشتري المبيعة يباعا فاسدا (٩٠) . لو أحدث المشتري في
المبيع صنعا (٩١) .

باب خيار الشرط : الخيار المفسد وغير المفسد ومقدار مدة الخيار (٩٢ - ٩٣) .
ما يفسد الخيار صريحا أو بطريق الدلالة أو بطريق الضرورة (٩٣ - ١٠٩) . عمل خيار الشرط وحكمه (١٠٩ - ١١١) . كيفية الفسخ والإجازة (١١٤ - ١١٦) .

باب خيار الرؤية : مشروعيتها وإن يثبت (١١٧ - ١١٨) . وقت ثبوتها (١١٨) . هل يثبت مطلقا أو موقفا (١١٨ - ١١٩) . حكمه (١١٩ - ١٢٩) . ما يفسد به الخيار (١٢٩ - ١٣٤) .

باب خيار العيب : مشروعيتها (١٣٥) . العيوب التي ترجح جلة وتفصيلا (١٣٥ - ١٣٩) . كيفية الرد (١٣٩ - ١٤٦) . ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع (١٤٦ - ١٥٠) . شرط البراءة عن العيوب (١٥٠ - ١٥٣) .

باب الإقالة والمراجعة وغير ذلك :

أقسام البيع من حيث البذل (١٥٤ - ١٥٥) . المراجعة (١٥٥ - ١٦١) . التولية (١٦١ - ١٦٢) . ما زاد على الثمن من نفقة ومثونة (١٦٢ - ١٦٣) .
الإقالة : مشروعيتها (١٦٣) . تكييفها (١٦٣ - ١٦٥) .
الاستبراء : مشروعيتها (١٦٥) . نوعاه : مندوب إليه ودواجب (١٦٥ - ١٦٦) . مدته ومتى تبدأ (١٦٦ - ١٧٠) .
التفريق بين الصغير وبين ذوي الأرحام المجتمعمة في الملك : (١٧٠ - ١٧٣) .

(١٧٤ - ٢٥٠)

كتاب النظم

صفة النكاح المشروعة (١٧٤ - ١٧٥) . تفسيره لغة وشرعية (١٧٥ - ١٧٦) .
وركنه : (١٧٦ - ١٧٩) .

شروطه : ١ - الاهلية (١٧٩) . ٢ - الحرية (١٧٩ - ١٨٠) . ٣ - كون المرأة

عالة (١٨٠) . التحريم بسبب القرابة (١٨١) . التحريم بسبب الصهرية (١٨٢ - ١٨٤) .
التحريم بسبب الرضاع (١٨٤ - ١٨٥) . تحريم الجمع (١٨٥ - ١٨٩) . تحريم تقديم
الائمة على الحرية (١٨٩ - ١٩٠) . التحريم بسبب حق النير (١٩٠ - ١٩٢) . التحريم
بسبب الشرك (١٩٢ - ١٩٣) . التحريم بسبب ملك اليمين (١٩٣ - ١٩٤) . التحريم
بإطلاق الثلاث (١٩٥) . ٤ - الولي والمهر (١٩٥) . ٥ - الشهادة وشروط الشاهد
(١٩٥ - ١٩٨) .

باب المهر : المهر شرط جواز النكاح (١٩٩ - ٢٠٠) . تقدير المهر (٢٠٠ - ٢٠١) .
 ما يصاح مهراً وما لا يصاح (٢٠١ - ٢٠٤) . ما يصح معه النسبة وما لا يصح (٢٠٤ - ٢٠٦) .
 ما يستحق به جميع المهر وما يستقط به النصف (٢٠٦ - ٢١٠) . المنة (٢١٠) . ما يجب
 عليها من تسليم النفس وما لها من حق المنع (٢١٠ - ٢١٣) . اختلاف الزوجين في المهر
 (٢١٣ - ٢١٧) . ذكر المهر على طريق الرياء والسحمة والناجسة والمنزل (٢١٧ - ٢١٨) .
باب الولي : الولاية في حق الصغار والمجانين (٢١٩ - ٢٢٣) . الولاية في حق البائعات
 العاقلات (٢٢٤ - ٢٢٧) . البكر والتب (٢٢٧) . شرط الكفاءة (٢٢٧ - ٢٣٠) .
باب النفقات : نفقة الزوجات : سببها ومقدارها (٢٣١ - ٢٤٠) . نفقة ذوى الأرحام :
 أقسام الأرحام . كيفية وجوب نفقة المحارم (٢٤١ - ٢٤٨) . متى تجب النفقة مع اختلاف الدين
 (٢٤٨) . حد اليسار (٢٤٨ - ٢٤٩) . نفقة الرقيق (٢٤٩) . وإذا كان من تجب عليه
 النفقة مفقوداً (٢٤٩ - ٢٥٠) .

كتاب الطلاق

أنواع الطلاق : طلاق السنة وطلاق البدعة (٢٥١ - ٢٥٧) . الطلاق الرحيم
 (٢٥٧ - ٢٦٧) . الطلاق البائن : أقسامه وأحكامه (٢٦٧ - ٢٧٦) . أفاظ الطلاق إذا
 وجد من الزوج أو من نائبه (٢٧٦) . الطلاق بالكتابة (٢٧٦ - ٢٧٨) . طلاق
 المريض (٢٧٨) .

باب تفويض الطلاق : ١ - إذا قال لامرأته : « أمرك بيدك » : مطلقاً (٢٧٩ -
 ٢٨٢) . مؤقتاً (٢٨٢ - ٢٨٤) ٢ - إذا قال لها : « اختاري » (٢٨٤ - ٢٨٥) .
 ٣ - إذا قال لها : « أنت طالق إن شئت » : (٢٨٦ - ٢٨٧) ٤ - إذا قال لها : « طلقي
 نفسك » (٢٨٧ - ٢٨٨) .

باب الاستثناء وغيره : ١ - الاستثناء : قال لامرأته : « أنت طالق إن شاء الله »
 (٢٨٩ - ٢٩١) ٢ - قال لامرأته : « أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة » : (٢٩١ -
 ٢٩٢) ٣ - طلاق المكروه والسكران والمأزول والخاصة (٢٩٣ - ٢٩٤) ٤ - تجب
 الطلاق ونفيته (٢٩٤ - ٢٩٦) ٥ - إذا قال لامرأته : « أنت على حرام » ونحو
 ذلك (٢٩٦ - ٢٩٧) . إذا قال : « حل حل على حرام » (٢٩٧ - ٢٩٨) . إذا قال :
 « أنت على كلبية والدم » (٢٩٨) .

باب الظلع : تكليفه وما يقرب على ذلك (٢٩٩ - ٣٠١) . حكمه (٣٠١ -

٣٠٤) . الطلاق على المال والحلح (٣٠٣) . لو خالها على حكمها أو حكمه أو حكم أجني (٣٠٤ - ٣٠٣) .

باب الإيلاء : تفسيره لغة وشرعا - ركنه - مدته - تفسير البعين (٣٠٨ - ٣٠٥) .
حكم البير في الإيلاء (٣٠٨ - ٣١٠) . تفسير الفيء (٣١١ - ٣١٤) . حكم الخنث (٣١٤ - ٣١٥) .
باب الظهار : ركنه (٣١٦ - ٣١٧) . شرائط صحته (٣١٧ - ٣١٨) . حكمه (٣١٨ - ٣٢٠) . الكفارة (٣٢٠ - ٣٢٣) .

باب اللعان : مشروعته وماهيته (٣٢٥ - ٣٢٥) . سبب وجوبه (٣٢٥ - ٣٢٦) .
شرائط وجوبه (٣٢٦ - ٣٢٩) . كيفيته (٣٢٩ - ٣٣١) . حكمه (٣٣٢ - ٣٣٤) .
باب فقرة العنين : البيوت في أحد الزوجين وحكمها (٣٣٥) . إذا كان الزوج مجبوبا (٣٣٦ - ٣٣٦) . إذا كان الزوج عنيبا (٣٣٦ - ٣٣٩) .

باب الحضانة : حضانة النساء (٣٤٠ - ٣٤٢) . حضانة الرجال (٣٤٢ - ٣٤٣) .
إذا كانت من لها حق الحضانة متزوجة (٣٤٣ - ٣٤٤) . الرقبة (٣٤٤) . غير المسلمين (٣٤٤) .
إذا أرادت الحاضنة أن تخرج بالولد إلى بلد آخر (٣٤٤ - ٣٤٧) . إرضاع الصبي (٣٤٨ - ٣٤٩) .

باب الرضاع : الرضاع سبب للتحريم ويخالف في ذلك النسب في مسائلين (٣٥٠) .
الرضاع الذي يتناق به التحريم (٣٥١ - ٣٥٨) . الرضاع الطاريء على النكاح (٣٥٨ - ٣٥٩) .

باب العدة : أنواعها (٣٦٠) . عدة الوفاة (٣٦٠ - ٣٦١) . عدة الطلاق (٣٦١ - ٣٦٤) .
عدة الموطوءة (٣٦٤ - ٣٦٥) : كيفية حساب مدة العدة إذا كانت بالثهور (٣٦٥ - ٣٦٦) . تدخل المديتين (٣٦٦) . عدة الرقبة (٣٦٧) . عدة غير المسلمة (٣٦٧) . في النكاح الفاسد (٣٦٨) . لا يشترط علم المرأة بالطلاق أو الوفاة لانقضاء عدتها (٣٦٨) . عدة الممتد طهرها (٣٦٨) .

باب ما يجب على المعتدة : عدم الخروج من بيتها (٣٦٩ - ٣٧٠) . عدم المسافرة (٣٧١ - ٣٧٢) . الإحداد (٣٧٢ - ٣٧٤) . الصغيرة والكتانية والائمة والمديرة وأم الولد والمساكنة والموطوءة عن شبهة أو نكاح فاسد (٣٧٤ - ٣٧٦) . إذا قالت « انقضت عدتي » (٣٧٦ - ٣٧٩) .

كتاب العتاق (٣٨٠ - ٤٢٩)

أنواع الإعتاق (٣٨٠) . نوعا الألفاظ التي تذكر في العتق (٣٨٠) .
الألفاظ التي يثبت بها العتق : الصريحة (٣٨١ - ٣٨٢) . الملحقة بالصريحة (٣٨٢ - ٣٨٣) .
الكناية (٣٨٣) .

الأنفاظ التي لا يمتنع بها وإن نوى (٣٨٤ - ٣٨٤) .
الأنفاظ النسب (٣٨٤ - ٣٨٨) .

باب أخو من العتق : ١ - الإعتاق بين التريكين أو الشركاء (٣٨٩ - ٣٩٣) .
٢ - إذا قال لعبدية : « أحسبك حر » (٣٩٣ - ٣٩٥) . ٣ - لعتاق الحمل (٣٩٥ - ٣٩٧) .
٤ - من ملك ذارحم محرر منه : عتق عليه (٣٩٧ - ٤٠٠) . ٥ - العتق المضاف إلى الملك (٤٠٠ - ٤٠٥) .

باب أم الولد : تفسير الاستيلاء (٤٠٦ - ٤٠٨) . حكم أم الولد (٤٠٨ - ٤١٥) .
باب المدبر : بيان المدبر (٤١١ - ٤١٢) . حكم المدبر المطلق (٤١٢ - ٤١٣) .
حكم المدبر المقيد (٤١٣ - ٤١٥) .

باب الكتابة : مشروعية الكتابة ونوعاتها (٤١٦) . تفسيرها (٤١٧) . حكمها (٤١٨ - ٤١٩) . إذا مات المالك (٤١٩ - ٤٢٠) . الكتابة والعتق المعاق بالآداء (٤٢٠ - ٤٢١) . الإعتاق على مال (٤٢١ - ٤٢٣) .
باب ولاء العتاقة (٤٢٤ - ٤٢٦) .
باب ولاء المولاة (٤٢٧ - ٤٢٩) .

(٤٣٠ - ٥١٣) **كتاب الإيمان**

أنواع الإيمان (٤٣٠) .

اليقين التي تكفر : ١ - على ما هو متصور الوجود عادة (٤٣٠ - ٤٣٣) .
٢ - على ما هو مستحيل غير متصور الوجود أصلاً (٤٣٣ - ٤٣٤) . ٣ - على ما هو متصور الوجود في نفسه لكن لا يوجد على مجرى المادة (٤٣٤ - ٤٣٥) .
اليقين التي لا تكفر (بين النعموس) : (٤٣٥ - ٤٣٦) .

اليقين التي يرجى فيها عدم المؤاخذه (بين اللغو) : (٤٣٦) .

باب ألقاظ اليمين : ١ - بأسماء الله تعالى (٤٣٧ - ٤٣٨) . ٢ - بصفات الله تعالى (٤٣٨ - ٤٤١) . ٣ - بالله تعالى بطريق السكتانية (٤٤١ - ٤٤٣) . ٤ - بغير الله تعالى صورة ومعنى (٤٤٣) . ٥ - بغير الله تعالى صورة ومعنى بغير الله تعالى من تحت المعنى (٤٤٣ - ٤٤٧) .

باب اغتروج والدخول : أنواع اليمين (٤٤٨) . ١ - قال لامرأته : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار لئلا يلزني » (٤٤٩) . ٢ - قال لامرأته : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار لئلا أن آذن لك » أو « حتى أرضى » (٤٤٩ - ٤٥٠) . ٣ - قال لامرأته : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك » أو « لئلا أن أرضى » (٤٥٠) - مسائل (٤٥١ - ٤٦٧) .

باب الأكل والشرب : أصل الباب (٤٦٨) . مسائل (٤٦٨ - ٤٧٨) .

باب من اليمين على أشياء مختلفة : (٤٧٩ - ٥٠١)

باب النذر (٥٠٢ - ٥٠٤) .

باب كفارة اليمين : إن كان الحالف ميسرا : إن احتار الطعام (٥٠٥ - ٥٠٧) .

إن اختار السكوة (٥٠٧ - ٥٠٨) . إن اختار التحريم (٥٠٨ - ٥١١) . إن كان الحالف ميسرا (٥١١ - ٥١٣) .

كتاب الإجارة (٥١٤ - ٥٢٩)

نوعاها (٥١٤) .

الإجارة على المنافع : أمثلة - جوازها - شروط جوازها (٥١٤ - ٥١٥) .

أحكامها : ١ - وجوب تسليم المستأجر عقب العقد (٥١٥ - ٥١٦) . ٢ - ابتداء المدة من حين العقد (٥١٦ - ٥١٧) . ٣ - كيفية الانتفاع (٥١٧ - ٥١٨) . ٤ - سلامة المستأجر من العيب (٥١٨ - ٥٢٠) . لإصلاح الدين المستأجرة (٥٢٠) . رد الشيء المستأجر بعد انتهاء المدة (٥٢١) . مكان تسليم الشيء المستأجر ومكان رده (٥٢١ - ٥٢٢) .

الإجارة على الأعمال : أمثلة - نوعاها : الأجير المشترك والأجير الخاص (٥٢٢) .

أحكام الأجير المشترك والأجير الخاص : من حيث الضمان (٥٢٢ - ٥٢٤) . من حيث وجوب الأجر (٥٢٤ - ٥٢٧) .

باب الإجارة الفاسدة وما يكون به مخالفا : التصادم بسبب الجهالة (٥٢٨) .

إجارة المشاع (٥٢٨) . الإجارة على القرب والطاعات (٥٢٨ - ٥٢٩) . الإجارة على المعامى (٥٢٩) . إجارة النهر مع الماء وبدون الماء (٥٢٩) . إجارة الطريق للمرور (٥٢٩) . استئجار رجل للبيع والشراء (٥٣٠) . استئجار أرض فيها رطوبة سنة (٥٣٠) . استئجار عبد للخدمة ودابة للحمل وشروط المستأجر تفقدها (٥٣٠) . حكم الإجارة الفاسدة (٥٣٠) .

بيان ما يصير به مخالفا وما لا يصير به مخالفا (٥٣٠ - ٥٣٣) .

فسخ الإجارة بالعدس : معنى ذلك (٥٣٣) . بيان العذر وأمنته (٥٣٣ - ٥٣٥) .

بطلان الإجارة : بموت المستأجر أو المؤجر (٥٣٥) . حالة هلاك المستأجر (٥٣٥) .

إجارة الظئر (٥٣٥ - ٥٣٦) .

إجارة ملك الغير (٥٣٦ - ٥٣٧) .

الاستمتاع (٥٣٨ - ٥٣٩) .

تعريفه (٥٣٨) . هل يجوز (٥٣٨) . حكمه : من حيث اللزوم (٥٣٨) . من حيث الآثار (٥٣٩) .

فهرست الأعلام المترجم لهم

في هذا الجزء

الرقم الأول يشير إلى الصفحة والثاني إلى الهامش حيث الترجمة

ش	٥ : ٢٣٧	شرح	٢ : ١٢٩	ابن رستم (إبراهيم)
ع	٧ : ٧٤	عبد الله بن شبرمة	٥ : ١٢٠	ابن سماعة (محمد)
ف	٢ : ١٨٧	عثمان بن عمار	٧ : ٧٤	ابن شبرمة (عبد الله)
م	٣ : ١٢٦	عمرو بن أبي عمرو	١١ : ٢٢٢	أبو بكر محمد بن الفضل البخاري
ق	٥ : ٤٥٠	(يحيى بن زياد)	ب	شرب بن الوليد
ر	١١ : ٢٢٢	محمد بن الفضل البخاري	٤ : ٩٨	ح
س	٥ : ١٢٠	(أبو بكر)	٤ : ٩٣	حبان بن منقذ
ت	٥ : ٤٥٠	يحيى بن زياد بن عبد الله	خ	خالد بن صبيح المروزي
ث	٥ : ١٢٠	محمد بن سماعة	د	داود بن رشيد الخوارزمي
ج	٥ : ٤٥٠	(الفراء)	٤ : ٣٤٢	داود بن علي الأصفهاني
ح	٥ : ١٧٤	يحيى بن زياد بن عبد الله	٥ : ١٧٤	داود بن علي الأصفهاني
ط	٥ : ٤٥٠	(الفراء)	ز	زيد بن أرقم
ظ	٥ : ٤٥٠	(الفراء)	٣ : ٨٢	زيد بن أرقم

استمرالك - في ص ١٧١ ورد اسم الدارقطني وترجمته :

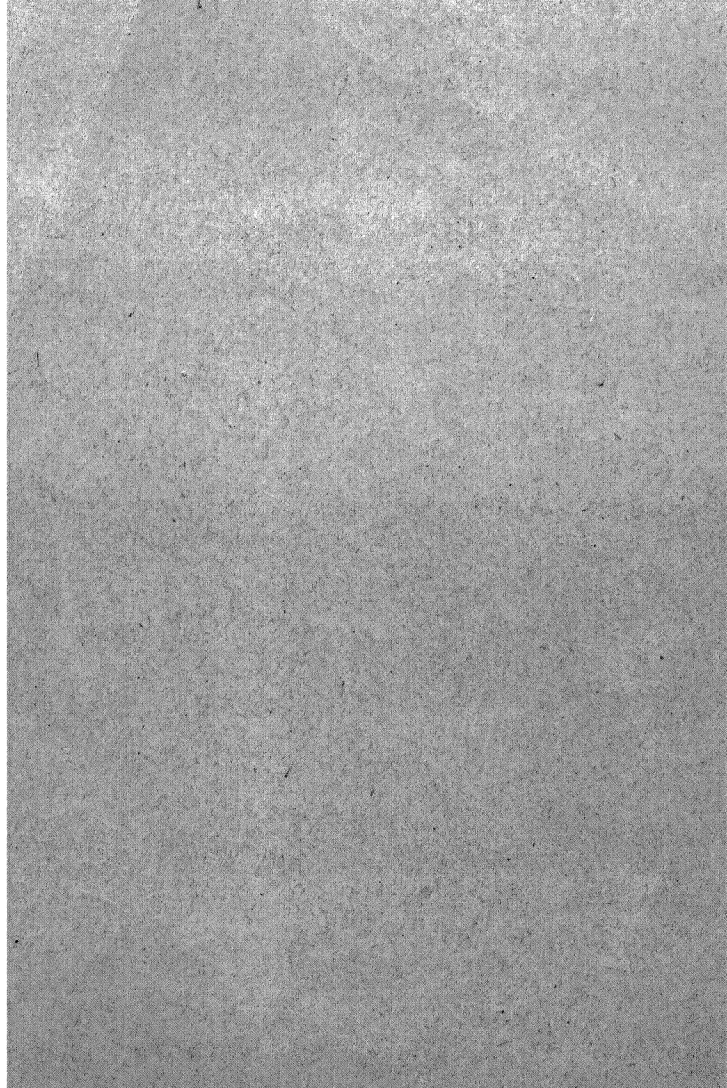
هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهيدي البغدادي الدارقطني . كان عالما حافظا
 قديما على مذهب الشافعي . أخذ الفقه عن أبي سعيد الاصطخري الفقيه الشافعي . وانفرد بالإمامة
 في علم الحديث في عصره . وله كتاب « السنن » و « المختار » والمؤلف « وغيرها » . وخرج من
 بغداد إلى مصر حيث وضع « المسند » . ولد سنة ٣٠٦ هـ وتوفي سنة ٣٨٥ هـ . ببغداد .
 و « الدارقطني » نسبة إلى دار القطن وكانت محلة كبيرة ببغداد (ابن خلكان) .

أخطاء مطبعية

وقع أثناء الطبع بعض أخطاء مطبعية لن نحصى على التارخى . . وفيما يلى ما وقع عابه نظرنا

الصفحة	السطر	الهامش	الخطأ	الصواب
٦٨		٣	النُقْرَة	النُقْرَة
١٥١	١		ابن أبى لىلى	ابن أبى لىلى
١٧٥	١٢	و ٥	اليفرا	القرأ (مافتح - راجع القاموس فى مادة فَرَآ)
٢٩٣		٤	- وطلاق المجنون . كذلك - وطلاق السكران وعتاقه وأفما . كلها وأقواله كأفمال الصحيح إلا الردة .	وطلاق المجنون كذلك . وطلاق السكران وعتاقه وأفما . كلها وأقواله كأفمال الصحيح إلا الردة .
٣٠٣	٦		وأما الطلاق ببوش : لا قيمة له :	وأما الطلاق ببوش : لا قيمة له :
٣٦٨	٧		مالا يبيض فى منهاها	مالا يبيض فى منهاها
٣٧٦	٧		وانظر فيما يلى ٣٧٧	وانظر فيما يلى ص ٣٧٧
٤٤٨	٨		والثانى - أن يقول « إلا أن آذن لك » .	ملاحظة : كذا فى الأصل و ا و - و ترى أن الصحيح ما فى ب : « حتى آذن لك » (انظر الهامش ٧) ولعل الصحيح أن تكتب العبارة كذا : « إلى أن آذن لك » .

تقرر تدريس كتاب « النخبة » بأجزائه الثلاثة فى كلية الشريعة بجامعة دمشق





0598219